UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DES IMPERFECTIONS

DE

LA LÉGISLATION FRANÇAISE

AU POINT DE VUE

DE LA

Publicité des Droits réels immobiliers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Lundi 11 Juillet 1904, à 1 heure 1/2 du soir

PAR

André MICHEL

Président : M. LOUIS-LUCAS, *professeur.*

Suffragants : M. Paul GAUDEMET, *professeur.*
M. CHAMPEAUX, *agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE DU " PETIT BOURGUIGNON ". — DIR[r] : J. DELCOURT

1904

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DES IMPERFECTIONS

DE

LA LÉGISLATION FRANÇAISE

AU POINT DE VUE

DE LA

Publicité des Droits réels immobiliers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Lundi 11 Juillet 1904, à 1 heure 1/2 du soir

PAR

André MICHEL

ACAD. LAUREAT. BIBL.

Président : M. LOUIS-LUCAS, *professeur.*

Suffragants : M. Paul GAUDEMET, *professeur.*
M. CHAMPEAUX, *agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE DU " PETIT BOURGUIGNON ". — DIR^r : J. DELCOURT

1904

ERRATA

Page 15, au lieu de Livre foncier, lisez Livres fonciers.
— 23 note 2, au lieu de (I, 3, lisez (L. 3.
— 27 note 2, au lieu de I, 3, lisez L. 3.
— 29, au lieu de Alarie, lisez Alaric.
— 48, au lieu de d'Argente, lisez d'Argentré.
— 62 note 2, au lieu de sous-seing privés, lisez sous-seing privé.
— 63 note 2, au lieu de Loisel, lisez Loysel.
Pages 127, 128, 129, au lieu de emphythéose et emphitéose, lisez emphytéose.
Pages 160, 176, au lieu de signalé, lisez signalés.
Page 240, au lieu de Système prussien 1872, lisez Système prussien de 1872.
Page 293, au lieu de Mesmer, lisez Messer.
Page 383, au lieu de Procès-verbal, lisez Procès-verbaux.

AVANT-PROPOS

Aux premières époques de la civilisation, la terre fut le plus ferme soutien de la religion, de la cité et de la famille; considérée comme une chose sainte, elle était à peu près inaliénable; ce n'est qu'avec la plus grande difficulté qu'elle pouvait changer de main et après un nombre incalculable de formalités religieuses et d'actes symboliques destinés surtout à en entraver la libre circulation.

Au moyen âge, on trouve l'idée de souveraineté associée à celle de la propriété d'une portion du sol. La terre devient l'attribut essentiel de la féodalité, nulle terre sans seigneur et nul seigneur sans terre. L'intérêt des vassaux, comme celui des seigneurs, exigeait que le fief ne pût se démembrer et conservât son individualité première, surtout dans cette période de violence où tout le monde gagnait à la consolidation du fief. De là les règles féodales restreignant la liberté des échanges. — Il n'y a donc pas à cette époque de système foncier ; la terre, véritable emblème de force et de puissance, ne pouvait pas être un objet d'échange ni un instrument de crédit.

Dans les temps modernes, il en est tout autrement. « La terre, suivant la très juste expression de M. Besson, s'est démocratisée et n'assure plus à son possesseur aucune prééminence, elle n'est qu'un

objet de revenus et un placement de capitaux..., elle n'a désormais qu'une fonction purement économique, celle de circuler librement et de procurer à son possesseur le crédit nécessaire » (1). C'est à ce point de vue que la propriété foncière est appelée à contribuer à la prospérité des familles et au bien-être général. Il serait puéril de montrer que depuis 60 ans la propriété foncière subit une crise des plus grave, qui tient tout d'abord au manque de main-d'œuvre, mais aussi, et surtout, au refus obstiné de confier à l'agriculture des capitaux qui affluent chaque jour plus nombreux vers le commerce et l'industrie.

Cette sorte de dédain des placements immobiliers est mis en valeur par le taux de l'intérêt ; les valeurs mobilières un peu sûres, à l'heure actuelle, ne rapportent guère que 3 %, par contre les prêts hypothécaires ne se font couramment qu'avec des intérêts de 4 à 5 %.

Comment expliquer cet éloignement des capitaux de la propriété foncière, capitaux absolument indispensables pour mener à bien les entreprises agricoles de longue durée ? Nous reconnaissons qu'une des premières causes provient de l'indisponibilité du capital engagé. La terre, en effet, ne restitue qu'au bout de longues années les sommes nécessaires pour sa complète mise en valeur, l'amortissement est fort lent et ne peut s'opérer qu'à l'aide de périodes de longue durée. Les placements en valeurs mobilières au contraire peuvent être réalisés du jour au lendemain.

La seconde cause peut être attribuée à l'élévation excessive des frais auquels entraînent les placements

(1) Besson : Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, p. 2.

hypothécaires et les remboursements sur saisie, ainsi qu'aux formalités compliquées que suscitent les règlements judiciaires.

Mais cette cherté et cette difficulté de l'emprunt territorial seraient peu de chose s'il n'existait pas une troisième cause, de beaucoup la plus importante, c'est l'insécurité de la propriété foncière dans les mains de ses possesseurs ou, si l'on aime mieux, l'incertitude du gage foncier.

L'Economie politique nous apprend que l'intérêt d'un capital engagé dans une entreprise quelconque comprend deux éléments : d'abord le loyer de l'argent ou revenu naturel, puis la prime d'assurance contre les dangers du placement, c'est-à-dire le non-paiement à l'échéance de la somme avancée. Tandis que le premier élément est fixe et ne tend même chaque jour qu'à baisser, le second est essentiellement variable, suivant le degré de confiance qu'inspire l'emprunteur au capitaliste ; il deviendra pour ainsi dire insignifiant si ce dernier compte sur un remboursement assuré. C'est donc de l'exagération de la prime d'assurance, ou, si l'on veut, de la crainte pour le prêteur de voir son gage disparaître par suite d'une cause d'éviction occulte, que provient l'élévation du taux de l'intérêt des placements immobiliers. Le seul remède à un tel état de choses réside dans le principe de la publicité. Grâce à ce principe, d'une part, le capitaliste pourra se rendre exactement compte de l'état juridique de l'immeuble sur lequel il va acquérir un droit de propriété, un droit de gage ou un droit réel quelconque, et quand il l'aura acquis, il pourra le conserver sans crainte de se voir évincer ; d'autre part, le propriétaire y trouvera son avantage, car, mettant au grand jour sa

situation exacte, il obtiendra de tous ceux qui traitent avec lui des conditions avantageuses.

La publicité la plus complète de toutes les causes modificatives de la propriété foncière, tel est donc, de l'avis de la généralité des auteurs, le remède nécessaire et efficace pour rendre au crédit immobilier l'essor qui lui est indispensable.

C'est l'étude de la publicité des droits réels immobiliers qui formera l'objet de ce travail.

Dans une première partie, après avoir établi quel est le fondement même de la publicité, nous en tracerons l'évolution, en exposant les formes successives qu'elle revêtit tour à tour, tant dans les législations anciennes qu'au moyen-âge et que dans la période intermédiaire; puis, arrivant au droit actuel, nous tâcherons de démontrer que malgré les heureuses modifications qu'elle a subies depuis le Code Civil (nous voulons surtout parler de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription), notre législation est encore bien éloignée de l'idée véritable de publicité et des besoins auxquels elle doit répondre à l'heure présente.

Notre seconde partie sera réservée à une revue rapide des lois étrangères sur la matière. Ce sera, pour notre amour propre national, une constatation pénible à faire, qu'autour de nous tout change et se transforme, que l'évolution des lois anciennes s'opère et que l'on cherche partout à les mettre au courant des idées nouvelles. Cette étude de législation comparée aura, en cette matière, la plus grande utilité puisqu'elle nous fournira tous les matériaux pour notre troisième partie consacrée à la réforme.

La réforme en effet s'impose et tôt ou tard il faudra y arriver. Tout comme au milieu du siècle dernier, un grand mouvement d'idées s'est produit au

cours de ces dernières années pour donner aux tiers une sécurité à peu près complète. Les désiderata, d'abord isolés et présentés sous forme de vœux, n'ont pas tardé à se grouper et à se transformer en pétitions. Le Gouvernement, à la suite du Congrès de la propriété foncière, tenu à Paris en 1889, comprenant enfin toute l'utilité de la réforme, s'est décidé à l'entreprendre. Des crédits nécessaires furent votés à cet effet et une Commission extra-parlementaire, dite du Cadastre, est actuellement chargée de présenter un projet de réforme sur la publicité des droits réels immobiliers. C'est à l'étude des propositions admises par la Commission du Cadastre que nous consacrerons notre dernière partie. Elles tendent, avec raison, à la transformation complète de notre système de publicité immobilière par la substitution du Livre foncier germanique au régime de la transcription. L'introduction du livre foncier à force probante à l'égard des tiers, conciliable avec la plupart des principes de notre Code Civil, est l'unique moyen à employer pour donner à notre crédit immobilier, encore à l'état rudimentaire, toute la vitalité qu'il désire et pour rétablir, entre la fortune mobilière et la fortune immobilière, un équilibre depuis trop longtemps rompu au détriment de la seconde.

Nous reconnaissons que le sujet que nous avons embrassé était vaste, trop vaste même pour une thèse de doctorat, et que par conséquent le traitant dans un espace aussi restreint, nous devions forcément être incomplet.

Nous avons voulu présenter seulement des idées générales et des solutions d'ensemble, renvoyant pour tous les détails aux auteurs qui se sont tout spécialement occupés des questions que nous envisageons.

Il nous est arrivé d'émailler notre exposé de nombreuses citations ; nous espèrons que l'on ne songera pas à nous en faire un reproche, car nous nous sommes efforcé de lire la plupart des ouvrages qui ont été écrits sur notre sujet et lorsque nous avons rencontré dans les auteurs des idées que nous partagions, nous avons souvent préféré les reproduire textuellement plutôt que d'en affaiblir l'expression, en leur donnant une forme qui n'aurait d'autre mérite que de nous être personnelle.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

Origine historique de la publicité actuelle.

Notions préliminaires.

La sécurité des transactions est directement intéressée à la publicité des actes destinés à régir l'état de la propriété et celui des personnes.

Qui est propriétaire de tel bien corporel, qui est titulaire de telle créance? Le propriétaire, en le supposant connu, est-il bien maître de son droit? Est-il capable d'en disposer et dans quelle mesure? Autant de questions sur lesquelles tout intéressé doit pouvoir se renseigner avec certitude.

Un individu veut acquérir un bien déterminé : il faut qu'il puisse être certain de traiter avec le véritable propriétaire, afin de ne pas se voir troublé par une action en revendication ou repoussé dans sa propre demande comme ayant acquis *a non domino*.

Il faut qu'il connaisse la capacité de ce propriétaire, car, s'il vient à traiter avec un incapable, alors

même que celui-ci se déclarerait maître de ses droits, la vente serait entachée d'un vice. Enfin il doit savoir s'il n'existe pas sur l'immeuble une hypothèque, un privilège, une servitude, si le bien soit meuble, soit immeuble, soit corporel, soit incorporel qu'il entend acquérir n'est pas sous le coup d'une saisie à laquelle l'aliénation ne saurait préjudicier; le tout afin de ne pas être exposé à la révélation de droits de cette nature se produisant sous la forme d'une action hypothécaire, d'une action confessoire ou d'une expropriation.

De même au débiteur qui veut se libérer, il est nécessaire de savoir à qui payer valablement, et au détenteur qui veut purger à qui faire les notifications prescrites par la loi.

Un acquéreur ou un titulaire de droits réels et personnels, un débiteur soit personnel soit *propter rem*, ont l'un et l'autre intérêt à avoir à leur disposition une source sûre de renseignements qui leur révèle la situation de l'objet du droit et l'état de son titulaire.

Actes de l'Etat civil, contrats de mariage et décisions judiciaires qui s'y rapportent, incapacités personnelles, transmissions de propriété mobilière ou immobilière portant sur des biens corporels ou sur des créances, constitution de droits réels, restrictions au droit de disposer résultant soit d'une saisie immobilière, soit d'une indisponibilité établie dans l'intérêt de la masse des créanciers, ainsi en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, il importe au premier chef que tout cela soit notoire et que tout intéressé puisse se renseigner sur l'efficacité du droit qui lui est acquis.

Ainsi se justifie le principe de la publicité, principe d'une importance capitale dans une société

fondée comme la nôtre sur le crédit, dont elle est la condition essentielle.

Mais il s'en faut évidemment de beaucoup que ce besoin de publicité soit le même dans tous les temps et dans tous les pays. Ce n'est point dans les sociétés primitives qu'il pouvait se faire sentir alors que les individus vivaient par agglomérations restreintes sur un territoire étroitement limité.

Ce principe de la publicité resta à peu près inconnu des Romains. L'existence d'une sorte de publicité de fait, si insuffisante fût-elle, les empêcha de ressentir dans toute leur étendue les inconvénients du caractère, occulte en droit, des divers actes juridiques. D'ailleurs le peu d'activité des transactions à Rome et en général les conditions économiques de la civilisation antique, peu favorable au développement du commerce, rendaient encore moins sensible l'absence d'une publicité plus complète.

Les institutions et les mœurs du moyen-âge ne laissaient guère de place non plus à un régime de publicité. Outre que les pratiques du droit avaient le même caractère symbolique et matérialiste qu'en droit romain, la hiérarchie féodale tendait à immobiliser la condition des personnes et des biens : en principe aucun immeuble, fief ou censive, ne pouvait être aliéné, aucun droit réel ne pouvait être constitué sans le consentement du seigneur. Lorsque les affranchissements se furent multipliés, lorsque les liens féodaux se furent relâchés, la vie sociale n'en demeura pas moins très concentrée. Les sciences, les arts, le commerce, l'industrie n'avaient pas encore pris cet essor croissant, qui chaque jour davantage tend à éloigner les hommes de la terre natale. La plupart du temps, l'individu mourait là où il était né ; les alliances de famille et les relations d'affaires

se formaient entre personnes qui habitaient dans le même voisinage et se connaissaient de longue date. Si quelque événement modifiait la situation juridique de la personne ou des biens, la renommée publique ne tardait pas à porter le fait à la connaissance de tous sans le secours d'aucune voie légale.

Le XVII[e] siècle, sur sa fin, travaillé par l'esprit philosophique, cherchait avec ardeur la solution des problèmes sociaux. Une école brillante d'économistes dégagea, non sans quelques exagérations, le principe qui a été posé au début de cette étude, indiqua le crédit comme base essentielle de la prospérité d'une nation moderne et comme condition du crédit, la propriété fortement constituée ; or elle ne pouvait l'être que par l'organisation d'une publicité rationnelle.

Cette organisation fut l'œuvre du droit intermédiaire, avec d'une part le décret des 20 et 25 septembre 1792, sur les actes de l'état civil et d'autre part la loi du 9 messidor an III, sur la publicité des hypothèques et la mobilisation du crédit, bientôt remplacée par la loi du 11 brumaire an VII, sur la publicité des hypothèques et sur la transcription des mutations entre vifs de la propriété immobilière.

En 1804, le Code Civil parut, mais, loin d'étendre le système de publicité en vigueur, ses dispositions marquèrent un grave recul et il a fallu la loi du 23 mars 1855 pour essayer de mettre, mais d'une façon encore bien imparfaite, ainsi que nous le verrons dans la suite de ce travail, un terme à une clandestinité aussi ruineuse. Quelques années auparavant, la loi du 10 juillet 1850 avait fait cesser de nombreuses fraudes en exigeant la publicité des contrats de mariage des non commerçants.

Le principe même de la publicité des droits réels

immobiliers est donc au-dessus de toute controverse et nous croyons que personne n'oserait, aujourd'hui, même formuler les motifs que naguère d'Aguesseau invoquait pour défendre la clandestinité : « Que rien n'est plus contraire au bien et à l'avantage de toutes les familles que de faire trop connaître l'état et la situation des particuliers », ou bien encore : « Que l'opinion est la reine du monde, qu'on vit et ne subsiste que par l'opinion, que le crédit et la confiance ne sont fondés que sur l'opinion et que ce serait ôter aux hommes leurs dernières richesses que de leur arracher cette réputation qui leur tient souvent lieu de bien, lors même qu'ils ont tout perdu » (1).

Dans notre état social aux relations si complexes, la base du crédit et de la confiance doit résider non pas dans l'opinion — système favorable aux seuls débiteurs malhonnêtes assez adroits pour donner le change sur leur situation — mais dans la réalité. Au point où notre civilisation est arrivée, quand les conditions économiques de la société ont subi une révolution, quand le crédit est un élément si puissant de la production des richesses, quand les droits personnels sont une portion si notable de la fortune individuelle, la nécessité de la publicité se fait sentir pour les droits personnels autant que pour les droits réels. Aussi est-on allé jusqu'à affirmer qu'une organisation idéale du crédit exigerait une publicité complète de l'état et de la situation de fortune de chacun (2).

(1) D'Aguesseau : Œuvres, tome xiii, pages 620 et suivantes.

(2) Il y a déjà plus de trente ans que M. Lionel d'Albiouse et le Dr J.-N. Loir faisaient paraître différents travaux tendant à organiser la publicité de tous les actes civils consentis par une personne et constitués sur le modèle du casier judiciaire. *Revue pratique :* Lionel d'Albiouse, tome ix, page 457, tome xiii, page 332. Docteur J.-N. Loir : tome xv, page 417, tome xvi, page 318. *Recueil de l'Aca-*

Il est inutile de dire qu'un semblable système impliquant la publicité, non seulement de tous les droits réels, tant mobiliers qu'immobiliers, mais encore des droits d'obligations, n'est complètement consacré par aucune législation, à raison des entraves que tout système de publicité met nécessairement aux transactions et à la circulation des biens. Aujourd'hui encore, pour les biens mobiliers, spécialement pour les créances mobilières, il y a lieu en général, de tenir le raisonnement de d'Aguesseau : « Les remèdes seraient plus fâcheux que les maux mêmes » (1).

démie de Toulouse : Rapport de M. Rozy sur un mémoire de M. Lionel d'Albiouse, tome XIX, p. 170. Depuis 1870, les travaux, les mémoires et les propositions de loi n'ont fait que se multiplier et nous renvoyons pour plus de détails à l'intéressante thèse de M. Lesmaris : Etude sur la publicité de l'état des personnes (Paris, 1899), ouvrage précédé d'une bibliographie complète sur la question.

(1) La fortune mobilière est devenue presqu'aussi considérable que la richesse immobilière, les besoins actuels font sentir la nécessité d'une organisation susceptible de faire de cette fortune la base d'un crédit suffisant ; la publicité, avons-nous dit, est l'élément essentiel de tout crédit. Mais c'est une entreprise délicate que de dégager les règles suffisantes à assurer l'établissement sur les meubles d'un bon régime de publicité. Si on peut concevoir un régime d'ensemble établissant la publicité des mutations foncières ou des droits grevant les immeubles, une pareille généralisation serait impossible à appliquer à la richesse mobilière, les biens dont elle se compose étant trop dissemblables et manquant trop de fixité pour être soumis à une même et unique institution. C'est pourquoi on ne peut procéder ici que par des mesures de détail. Les premières lois à signaler sur la publicité et la protection des valeurs mobilières sont les lois du 15 juin 1872 et 27 février 1880 : la première, sur la revendication des titres au porteur perdus ou volés ; la seconde, sur l'aliénation de ces mêmes valeurs appartenant à des mineurs. La loi du 10 décembre 1874, modifiée par celle du 10 juillet 1885, a permis l'hypothèque des navires et les lois du 1er mars et 18 juillet 1898, le nantissement des fonds de commerce et le warantage des produits agricoles. Nous renvoyons pour l'étude de toutes ces réformes législatives, des différents projets de loi présentés et du mouvement de la jurisprudence sur la matière

C'est en vue d'assurer le développement du crédit foncier que la plupart des législations modernes ont consacré le principe de la publicité de la propriété immobilière, et il est incontestable, avons-nous vu, que l'application de ce principe constitue la base fondamentale de tout crédit foncier sérieusement organisé. Mais il y a plus, la publicité des droits réels et notamment de la propriété, a sa raison d'être dans la nature même de ces droits, dans leur efficacité absolue à l'égard de tout le monde ». Le droit s'exerçant à l'encontre de tous, il est juste qu'il puisse être connu de tous » (1).

Nous avons trouvé dans un ouvrage déjà ancien une idée sur la nature et le caractère de la propriété qui nous paraît assez juste, pour que nous la reproduisions intégralement.

« L'Etat reposant sur la propriété, à laquelle le plus souvent se rattachent les droits politiques, la propriété ne peut être incertaine sans que la sécurité ou le crédit public ne soient ébranlés.

« C'est donc une nécessité du droit de propriété que chacun le reconnaisse et qu'il vaille contre tous, en un mot qu'il soit un droit absolu.

« Mais cette nécessité n'est point dans le droit d'obligation qui n'a qu'une valeur individuelle, sans intérêt pour le tiers qu'il ne concerne pas ; l'obliga-

à l'intéressante étude de M. Vidal sur la publicité des droits portant sur les meubles. (Thèse, Montpellier, 1900.)

Pour M. Vidal, tout le problème de l'organisation de la publicité touchant les valeurs mobilières se ramène à l'application de ces deux principes se complétant l'un par l'autre : 1° Appliquer aux meubles pouvant se rattacher à un endroit déterminé, les formalités de publicité immobilière, c'est-à-dire inscription sur des registres particuliers ; 2° étendre autant que possible le principe général de l'article 2279 du Code civil à ceux qui ne le pourraient pas.

(1) Martou : Privilèges et Hypothèques, tome 1er, n° 4.

tion n'existe qu'entre les engagés et point au-delà, *personnam non egreditur ;* la propriété existe pour tous les membres de la société. De là l'usage de ne point laisser incertaines les transmissions de la propriété et de rattacher ces transmissions à quelques solennités, ou du moins à quelque fait assez positif pour qu'on ne puisse pas douter en quelles mains doit légalement se trouver le domaine. Ainsi chez les Romains, la mancipation est plus tard la tradition, constatèrent les mutations de la propriété, chez les Germains ce fut la tradition *in mallo,* devant l'assemblée du canton ; au Moyen-Age ce fut l'investiture et la foi pour le fief, le vest et le devest pour la censive ; l'ensaisissement du juge pour l'alleu ; plus tard enfin l'insinuation ; mais la loi exigea partout et toujours la publicité des mutations de la propriété » (1).

De même que la loi pour être obéie a besoin d'être promulguée, le droit réel qui impose un devoir a besoin d'être publié (2).

La publicité de la propriété est donc une nécessité intrinsèque découlant de la notion même de la propriété et à laquelle, par conséquent, ont obéi instinctivement les législations même qui, ne se souciant que médiocrement du développement du crédit foncier, n'ont pas consacré *in terminis* le principe de publicité de la propriété.

Nous allons tâcher de justifier cette proposition en étudiant, dans les chapitres suivants, la publicité depuis la plus haute antiquité jusqu'au Code civil.

(1) Laboulaye (1839) : Histoire du droit de propriété foncière en Occident, page 151.

(2) Humbert : Nouvelles observations sur la loi relative à la transcription, dans la *Revue historique de droit français et étranger,* 1855, page 483.

Cette étude, à notre avis nécessaire, ne sera toutefois que très sommaire; nous présenterons uniquement quelques idées générales caractérisant chaque période et pour tous les détails, nous renvoyons aux ouvrages de MM. Dareste, Haussoulier et Reinach : *Recueil des inscriptions juridiques grecques;* Besson : *Livre foncier et réforme hypothécaire;* Ferron : *Etude sur la publicité des droits réels immobiliers,* etc., etc.

SECTION I.

Les Législations de l'antiquité.

Nous passerons à peu près sous silence les modes de transfert chez les peuples de l'Orient. M. Besson, s'inspirant de Summer-Maine et surtout des nombreux travaux de M. Dareste, tâche de montrer que les coutumes de l'Inde moderne nous permettent de discerner le caractère et le but des solennités dont l'ancien droit se montrait prodigue en matière de mutations immobilières, d'après le principe de Summer-Maine que « le présent de l'Orient est le passé de l'Occident » (1).

Chez les Hébreux, au temps d'Abraham et de Boz, le transfert de la propriété foncière est un acte solennel, nécessitant la participation directe de la famille et de l'aliénateur (2). Puis, à mesure que la civilisation, l'industrie et le commerce se développent, et Dieu sait si chez les Juifs l'esprit mercantile fit de rapides progrès, ce besoin de publicité et de sécurité que nous avons déjà signalé dans cette introduction se fait sentir de plus en plus. Ces alié-

(1) Etudes sur l'ancien droit, de Summer-Maine. Préface du traducteur, p. 12

(2) Genèse, xxiii. — Ruth, iv.

nations sont constatées maintenant par écrit, en présence d'un certain nombre de témoins spéciaux, et les écrits sont conservés dans des édifices publics.

Chez les Egyptiens, nous suivons la même marche progressive que chez les Hébreux et M. Besson, grâce à l'étude de nombreux papyrus démotiques, a vu dans les exigences formalistes de cette époque un des précédents de la publicité moderne (1).

Les peuples de la Grèce se rendaient compte de la nécessité d'assurer la publicité des droits réels immobiliers. Dans la plupart des villes grecques, on transcrivait sur une stèle de marbre un extrait des contrats emportant translation de propriété. Cette transcription s'appelait ἀναχραφή et complétait la translation en la rendant opposable aux tiers. Il est vrai qu'à Athènes, il n'y eut probablement jamais de registre de transcription: les ventes ne recevaient de publicité que par le registre de perception du droit fiscal acquitté par les acquéreurs (2).

Platon, dans son dialogue « des Lois » au livre cinquième, prescrivait pour son Etat idéal la mesure suivante : « On gravera le nom de chaque citoyen

(1) Sous la domination macédonienne, l'usage prévalut de soumettre les titres translatifs à la double formalité de l'insertion dans les registres tenus aux greffes des tribunaux et du dépôt dans les archives du συγγραφοφυλαξ fonctionnaire spécialement préposé à la conservation des contrats. Voir la note fort intéressante de M. Besson, page 24, sur un papyrus démotique du Musée du Louvre.

(2) Certaines villes ou colonies grecques, Ténos et Therium notamment, avaient même, paraît-il, des sortes de registres de transcription où étaient mentionnés les contrats de vente.

Pour plus de détails sur ces intéressantes questions, consulter : Dareste, Haussoulier et Reinach. *Recueil des Inscriptions juridiques grecques,* pages 48 et suivantes. — Raugabé : *Antiquités helléniques,* tome II, page 877. — Blanchet : Histoire du droit privé de la République athénienne, t. III. — Caillemer : Le Contrat de vente à Athènes. — Dareste : *Traité des lois,* page 286, et Ferron : *Etude sur la publicité des droits réels immobiliers,* pages 17 et s.

avec la désignation de la part qui lui est échue (dans le partage des terres) sur des tables de cyprès qui seront exposées dans les temples pour servir d'instructions à la postérité, et la garde de ces monuments sera confiée aux magistrats en réputation d'être les plus clairvoyants, afin qu'il ne leur échappe rien de ce qui se pourrait faire en fraude de la loi et qu'ils punissent le coupable qui contrevient aux ordres du législateur et du dieu ».

Bien qu'en édictant cette mesure, Platon eût en vue avant tout l'intérêt public, les avantages qui en résultaient pour le droit privé ne lui échappaient cependant pas, car il nous dit plus loin, au livre onzième : « Si, d'une part, quelqu'un se plaint qu'un autre a une portion grande ou petite de son bien, et que, d'autre part, celui-ci, avouant qu'il a la chose, soutienne qu'elle n'appartient pas à l'autre, au cas qu'elle soit inscrite chez les magistrats comme l'exige la loi, qu'il cite le possesseur devant les magistrats et que celui-ci comparaisse. Celui des deux sur l'état duquel la chose en litige se trouvera marquée en demeurera paisible possesseur ». Et au livre douzième, « à l'égard des possessions douteuses, il y aura un espace de temps déterminé au delà duquel celui qui en aura joui ne pourra plus être inquiété. *Il ne peut y avoir de doute chez nous sur les fonds de terre et les maisons* » (1).

C'est aux Athéniens que revient l'honneur d'avoir imaginé les hypothèques et d'en avoir les premiers assuré la publicité et la spécialité par des procédés que nous allons examiner.

La plus ancienne forme du gage immobilier fut,

(1) Cousin : Traduction des Œuvres de Platon, t. vii, pages 286 et suivantes ; t. viii, pages 283 et 365.

dans l'Attique, la vente à pacte de rachat. La main-mise du créancier sur les fonds de son débiteur s'annonçait au public par une inscription placée matériellement sur l'immeuble lui-même au moyen de bornes (ὅροι) (1) donnant le nom du débiteur et du créancier, l'objet de l'affectation et le montant de la créance garantie.

Les inconvénients de cette forme primitive du gage, et ils sont assez apparents pour que nous nous dispensions de les signaler, suggérèrent aux Athéniens l'ingénieuse conception de l'hypothèque permettant au débiteur de conserver la propriété de l'immeuble pendant la durée de son affectation et même de contracter un second emprunt sur le même gage. A la différence de notre hypothèque moderne, l'hypothèque hellénique conférait au titulaire un droit de propriété conditionnel et à terme ; le créancier, s'il n'était pas payé à l'échéance, devenait propriétaire de plein droit comme par l'effet d'un pacte commissoire (2).

Bien entendu, toutes les hypothèques reconnues par la loi grecque, sans en excepter celles du mineur et de la femme mariée, étaient inscrites sur les ὅροι. Mais il ne faut pas toutefois exagérer les services que pouvaient rendre ces bornes, la fraude était facile en l'absence de registres constatant l'établissement ou l'extinction des hypothèques, et les citoyens ne se faisaient sûrement pas faute, pour augmenter leur crédit, d'arracher et faire disparaître les stèles contenant les inscriptions.

Quoi qu'il en soit, et c'est surtout ce qu'il importe de constater, les Grecs avaient dans cette institution

(1) Sur l'histoire de ces ὅροι, v. Ferron, *op. cit.*, pages 22 et s.
(2) Besson : *op. cit.*, page 26.

un merveilleux instrument qu'il eût fallu simplement perfectionner. Ils ne surent pas s'en servir ; les Romains, allons-nous voir, ne l'essayèrent même point.

Il est probable qu'à Rome, comme chez toutes les populations agricoles primitives, il a dû exister une propriété *communautaire*, puis une propriété familiale, enfin, et de très bonne heure, la propriété individuelle.

Au moment où les Romains apparaissent dans l'histoire, Gaïus et Ulpien nous apprennent que les *res mancipi*, c'est-à-dire celles qui constituaient la partie la plus importante de la richesse des citoyens, et, parmi elles, par conséquent, les immeubles se transmettaient par la mancipation et l'*in jure cessio* (Gaïus, I, 192, Ulpien, XIX, 3).

Dans la mancipation, huit personnes doivent figurer : l'aliénateur, l'acquéreur, cinq témoins et le *libripens*. (Pour l'origine et le rôle de ces différentes personnes, nous renvoyons aux ouvrages de MM. Cuq : *Les institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 253 et suiv. ; Girard : *Manuel du droit romain*, 2e édit., p. 278 et suiv.).

La mancipation devait à l'origine s'accomplir sur le fonds même, cependant de bonne heure la nécessité de la présence des parties sur les fonds disparut (Gaïus, I, 121, Ulpien, XIX, 6).

L'*in jure cessio* était un procès fictif, image de la revendication telle qu'elle se pratiquait sous le régime des *legis actiones*. Ce procédé, dont le mécanisme nous paraît aujourd'hui bizarre, était basé sur ce principe, que dans tout procès l'aveu fait par une partie devant le magistrat est réputé conforme à la vérité et revêt l'autorité de la chose jugée ; nous

ne décrirons pas les formalités de l'*in jure cessio* qui sont connues de tous (1).

Comme la mancipation, elle avait lieu à l'origine sur l'immeuble même, puis bientôt devant une motte de terre ou une brique apportée *pro tribunali*.

A coup sûr, l'on peut dire des solennités qui, dans la mancipation et l'*in jure cessio*, accompagnaient le transfert de la chose, notamment du concours de témoins et de l'intervention d'un magistrat, que, si elles ont été introduites par l'usage longtemps avant d'avoir été consacrées par la loi, le sentiment de leur utilité pratique n'en n'a pas moins contribué d'une manière inconsciente et instinctive à leur formation.

En effet, à l'origine, les avantages résultant pour la mancipation de l'intervention des témoins et pour l'*in jure cessio* du concours du magistrat sont considérables.

Tout d'abord, grâce à ces formalités, la preuve de l'aliénation est assurée. En outre, bien que, ni les témoins, ni le magistrat ne garantissent directement la propriété de l'aliénateur, l'acquéreur trouve cependant une réelle sécurité dans le fait que les personnes autorisent par leur présence l'acte d'aliénation. Enfin, l'intervention des témoins, d'une part, et du magistrat, d'autre part, a pour conséquence de porter à la connaissance des tiers la mancipation et l'*in jure cessio*, dont les effets s'étendent au delà des parties (2).

(1) *L'in jure cessio*, qui était de tous les modes d'aliéner le plus large, puisqu'il était applicable aux *res mancipi* et *nec mancipi*, n'était cependant pas d'un usage très fréquent (Gaïus, II, 25). On préférait la mancipation pour les choses *mancipi*; *l'in jure cessio* s'appliquait en matière de servitudes personnelles et de servitudes réelles urbaines.

(2) Contrairement à l'opinion généralement admise et présentée

On comprend facilement que, dès les premières extensions du territoire romain, la publicité résultant de l'intervention des témoins et même du magistrat devint plus fictive que réelle (1).

L'impulsion toujours croissante que reçut le commerce à la suite des guerres puniques, eût été singulièrement entravée par les formalités de la mancipation, aussi, dans le droit nouveau, elle disparut, faisant place à la forme plus simple de la tradition.

Lorsque l'empire romain eut prit la prodigieuse extension que l'on sait, les fonds provinciaux acquirent, par leur étendue même, une telle prééminence sur les fonds italiques que ceux-ci se délayèrent dans l'immensité des fonds provinciaux au point de se confondre avec ces derniers.

L'assimilation fut complète à partir de Dioclétien et lorsque l'Italie ne fut plus exempte de l'impôt foncier (2).

par MM. Huc : *Mémoire sur le formalisme de l'ancien droit romain dans le Recueil de l'Académie de législation de Toulouse,* t. x (1861), page 45, et Jhering : *L'Esprit du Droit romain,* trad. Meulenaere, t. III, 1887, page 215, M. Thion de la Chaume (Publicité des droits réels en France et à l'étranger. Paris, 1901) tâche de montrer que toute idée de publicité était étrangère à l'exigence de la présence des témoins et le seul point dont on se préoccupait, dit-il, était de rendre certaine *inter partes* l'existence de l'acte juridique même ; l'écriture n'étant pas communément usitée, il ne faut pas oublier que le témoignage des tiers était le seul moyen d'attester que tel acte juridique avait été passé à telle date, entre telles personnes et avec telles clauses déterminées.

Pour M. Thion de la Chaume, personne à cette époque n'a désiré la publicité, ni remarqué les inconvénients de la clandestinité.

(1) Les magistrats ne conservaient, en effet, trace de l'*in jure cessio* que dans de simples notes destinées uniquement à entretenir leur souvenir, mais jamais ils n'en dressèrent de procès-verbaux authentiques et publics.

(2) La mancipation est mentionnée pour la dernière fois dans une constitution de Constance et Constant, de l'an 355. (L. 7., C. Théod. *de donationibus,* VIII, 12). Dans le droit de Justinien, elle a complètement disparu ainsi que la distinction des *res mancipi* et *nec*

Dès lors, l'usage s'introduisit tout naturellement d'étendre aux fonds italiques, ravalés peu à peu au rang de fonds provinciaux, la forme si simple de la tradition qui, de tout temps, avait été appliquée à ceux-ci.

La tradition ne présente d'autre publicité que celle qui résulte de la prise de possession de la chose, publicité fort restreinte et même équivoque, car l'acte de tradition n'est pas nécessairement par lui-même translatif de propriété ; souvent, en effet, il est uniquement employé pour procurer à l'accipiens la simple possession ou détention précaire. La circonstance qu'un citoyen avait fait tradition à un autre d'un fond de terre, ne suffisait pas pour que ce dernier parût réellement investi de la propriété.

Cette formalité de la tradition n'avait plus guère de raison d'être dans un droit perfectionné, et on la supprima. Mais supprimer la tradition sans la remplacer par une transcription sur des registres publics, proclamer que la propriété foncière se transmet par le seul effet du consentement, c'était guérir une plaie et en même temps en agrandir une autre.

Les mutations de la propriété devinrent donc, à Rome, tout à fait clandestines et il est inutile de s'étendre sur les inconvénients d'un pareil système : c'était la porte ouverte toute grande à la fraude. Un remède, souvent efficace aux maux résultant d'un tel état de choses, se trouvait d'une part dans l'usucapion (concession faite par le droit à la puis-

mancipi. L'*in jure cessio* précéda même la mancipation dans sa chute. Voyez les motifs dans Gaïus, II, 25.

sance du temps) (1) et d'autre part dans l'action publicienne.

Le but de cette dernière était uniquement de faire triompher le demandeur qui avait sur une chose un droit relativement supérieur à celui du défendeur. Mais grâce à cette action, l'acquéreur de bonne foi, s'il n'avait pas la certitude d'être devenu réellement propriétaire, était assuré du moins d'être protégé contre toute personne n'ayant pas un droit supérieur ou égal au sien.

Les Romains avaient bien senti les dangers qui les menaçaient, puisqu'ils avaient édicté des peines contre les stellionataires (2). Il est bon, suivant la très juste expression de M. Ferron, de réprimer la fraude, mais mieux vaut encore la prévenir.

Jusqu'à présent, nous n'avons examiné le régime foncier des Romains qu'au point de vue de la publicité des transmissions de la propriété foncière ; si nous jetons maintenant les yeux sur l'hypothèque, nous trouvons la même évolution.

Le gage n'exista d'abord que sous la forme de *vente à réméré* et l'aliénation fiduciaire, ne pouvant avoir lieu qu'au moyen de la mancipation, profitait nécessairement de la publicité de ce mode solennel

(1) Le temps est une puissance à laquelle l'homme ne peut se soustraire, ce qui a existé longtemps nous paraît immuable. Ainsi s'explique que l'usucapion ou la prescription se sont rencontrées de tout temps dans toutes les législations ; par exemple dans l'Inde brahmanique. Voyez *Lois de Manou* (Manava Dharma Sastra) VII, page 147, traduction française de M. Loiseleur-Deslongchamps, dans les Livres sacrés d'Orient, traduits et publiés par G. Pauthier, 1843, p. 408.

En Egypte, sous les Ptolémées. V. GIRAUD : Recherche sur le droit de propriété foncière en Occident. (1838, tome Ier, p. 27).

En Kabylie. V. HANOTAUX et LETOURNEUX : La Kabylie et les coutumes kabyles. (1873, p. 546 et suivantes).

(2) Le stellionat était puni suivant les personnes du travail des mines ou de l'exil à temps. (I, 3, § 2 Dig. *Stellionatus*, XLVII, 20).

de transfert. Ensuite vint le *pignus* qui transférait seulement au créancier la possession de son gage et le droit de vendre à l'échéance ; dès lors, le tiers ne fut plus averti que par le changement de possesseur.

Enfin, lorsque le pacte hypothécaire fut importé de Grèce, on put conférer à son créancier les droits de préférence, de suite et de vente sans aucune altération de la propriété et de la possession. Malheureusement, toute espèce de publicité avait disparu, la fraude était des plus fréquentes et les tiers exposés à de perpétuels dangers. Les inconvénients de la clandestinité absolue sont trop connus pour que nous ayons à les rappeler.

L'empereur Léon essaya bien de remédier à un tel état de choses en décidant que la priorité serait acquise aux créanciers, même postérieurs en date, munis d'un titre authentique ou d'un acte privé signé de trois témoins (L. 11, C. *Qui potior,* VIII, 18). Mais ce n'est là qu'une simple mesure de date certaine sans aucun rapport avec la publicité des hypothèques; un titre authentique n'est pas, en effet, un titre public. L'hypothèque à Rome était non seulement occulte, mais souvent encore générale, établie parfois sans convention et frappant les meubles comme les immeubles, toutes choses absolument incompatibles avec un régime de publicité.

Si la clandestinité fut la règle à peu près absolue en matière d'hypothèques et de mutations à titre onéreux, le principe de la publicité reçut au contraire une application dans les mutations entre vifs à titre gratuit : nous voulons parler de l'*insinuation des donations.*

L'insinuation est la transcription ou copie de l'acte de donation sur les *gesta* ou *acta publica.*

Des constitutions de Constantin de 316 et 333 pres-

crivent pour les donations la formalité de l'insinuation (1). D'après une constitution de 319, ce serait une disposition de Constance Chlore qui aurait la première établi l'insinuation des donations, transformant en une nécessité un usage existant déjà à l'époque des jurisconsultes classiques. (L. 1, C. Th. *De sponsalibus et ante nuptias donationibus,* III, 5).

Les fils de Constantin confirmèrent la nécessité de l'insinuation pour toutes les donations.

En 531, Justinien porta à *500 solidi* la somme que les donations non insinuées ne pouvaient excéder. Quant au mécanisme de l'insinuation, nous dirons simplement que la donation devait être rédigée par écrit, suivie d'une tradition solennelle devant des témoins pris dans le voisinage, « *advocata vicinitate, scientibus plurimis* »; l'acte devait ensuite être déposé aux archives.

La nécessité d'un écrit disparut en 428 (I, 29, C. VIII, 54) et en 478 on dispensa les parties d'appeler les témoins pour la tradition. Il n'y avait donc plus d'ordinaire que la rédaction d'un procès verbal dressé par le greffier du magistrat pour constater les dires des parties.

Des lois successives déterminèrent le lieu où devait s'accomplir cette formalité et l'autorité devant laquelle il devait y être procédé (2).

Longtemps on a admis que le but et la raison d'être de la formalité de l'insinuation était avant tout d'assurer la preuve de la donation et de couper court d'avance à tous les différents qui pourraient s'élever sur l'existence, l'objet et l'étendue de la donation.

(1) L. 5, C. THÉOD. : *De donationibus,* VIII, 12.

(2) Pour tous les détails V. BESSON, *op. cit.,* p. 37 et suivantes, et LARNAUDE : De la publicité des donations.

Il est vrai que le droit de Justinien n'assigne à l'insinuation d'autre but que de fournir au donataire une preuve indiscutable de la donation. Mais il est généralement admis aujourd'hui que c'est le résultat d'une dégénérescence de l'insinuation et que la raison d'être originaire de cette formalité était toute différente.

Il importe de signaler tout d'abord qu'au moment où l'insinuation a été créée la donation était entourée de formalités qui en assuraient déjà suffisamment la preuve au donataire sans qu'une insinuation fût nécessaire. En effet, Constantin avait prescrit que toutes les donations seraient faites par écrit en présence de témoins qui signeraient l'acte qui devait contenir le nom du donateur, l'indication de la chose donnée et les droits transmis; enfin la tradition de la chose donnée devait être accomplie devant témoins. Ces prescriptions étaient bien suffisantes pour assurer au donataire la preuve de la donation, et, l'insinuation, si elle n'avait pas eu d'autre but, eût été une formalité surabondante et inutile. Au surplus, si le seul but du législateur avait été, en prescrivant l'insinuation, d'assurer la preuve de la donation, il n'aurait pas fait dépendre la validité de celle-ci de l'accomplissement de cette formalité; il lui eût suffi de prescrire qu'en cas de contestation la preuve d'une donation ne pourrait être faite que par un acte insinué.

C'est dans l'intérêt des tiers qu'il faut rechercher les causes de l'insinuation des donations. Il est inutile de rappeler l'importance toute particulière que présente pour ces tiers la publicité des libéralités. Les actes à titre onéreux ne diminuent pas en principe le patrimoine du disposant, puisque ce qui en sort est remplacé par un équivalent. Ces actes pour-

raient donc à la rigueur rester occultes, mais il en est tout autrement pour les actes à titre gratuit : les tiers ont un intérêt incontestable à les connaître puisqu'ils diminuent leur gage éventuel.

Ces considérations ont-elles déterminé les empereurs romains à prescrire l'insinuation des donations? Il est impossible de l'affirmer. Mais tout porte à croire qu'elles n'y ont pas été étrangères. Dans son édit de 323 (1), Constantin parle à plusieurs reprises des fraudes auxquelles doit obvier l'insinuation, aussi veut-il désormais que les donations soient attestées publiquement et aux yeux de tous. « Il est arrivé souvent, dit-il, qu'il se produit en cette matière des fraudes secrètes, ce qui a été fait on le nie; ce qui a été écrit on prétend que ce n'était pas convenu. Par suite en donnant aux uns et aux autres, en vendant même ce qui a été donné à plusieurs reprises, on arrive à ce résultat que plusieurs se disputent la propriété d'une même chose ». — Dans une Constitution de l'an 316 (2), Constantin ordonne que l'insinuation soit faite devant l'*ordinarius judex* au lieu de la situation des immeubles donnés. Son intention est donc bien de remédier à l'abus qui consiste à donner des choses, notamment des immeubles dont on n'est pas propriétaire.

D'après la Constitution de 316, c'est pour porter la donation à la connaissance du propriétaire ou des titulaires de *jura in re*, que Constantin établit l'insinuation. On peut donc, sans témérité, conjecturer que le but de l'insinuation était de révéler l'existence de la donation, non seulement aux créanciers

(1) *Corpus legum*, de HÆNEL, page 194.
(2) C. THÉOD., VIII, 12. — *De donationibus*, I, 3.

du donateur pour leur permettre d'intenter l'action Paulienne, mais même à tous les tiers intéressés (1).

Après avoir constaté que l'insinuation des donations fut créée dans l'intérêt des tiers, il faut reconnaître cependant que le législateur romain perdit bientôt de vue cet intérêt et ne vit plus dans l'insinuation qu'une formalité destinée à assurer au donataire une preuve authentique.

De toutes les formalités requises pour la validité des donations : écrits, témoins, tradition, etc..., il ne reste plus dans le droit de Justinien, avons-nous déjà dit, que l'insinuation pour autant seulement que la donation excède *500 solidi*. Mais, dans ce développement, le caractère primitif de l'insinuation n'a pas tardé à se transformer, de telle sorte que, dans le droit nouveau, l'utilité que cette formalité présentait pour les tiers, en rendant les libéralités publiques, est complètement perdue de vue. En effet, tandis que Constantin exigeait que l'insinuation fût faite au lieu de la situation des immeubles donnés, devant le *judex ordinarius donatoris*, Honorius et Théodose d'abord, et Léon Ier ensuite, permettent de procéder à l'insinuation dans n'importe quelle province au choix du donateur (2).

Dès lors, toute efficacité réelle était enlevée à la publicité résultant de l'insinuation. Il est donc vrai de dire que l'insinuation, telle qu'elle est organisée

(1) On admet généralement que le but secondaire et accessoire de l'insinuation est d'éviter que les donations importantes ne soient faites avec trop de précipitation : le donateur qui doit se présenter devant l'autorité et faire insérer son nom, son intention de donner, le nom du donataire, l'objet exact et les conditions de la donation est contraint de réfléchir à l'acte qu'il accomplit, d'en peser l'importance et les conséquences.

(2) C. Théod., L. 8 : *De donationibus*, VIII, 12.
L. 30, C. : *De donationibus*, VIII, 54.

dans le droit de Justinien, ne réalise plus d'autre but que d'assurer au donataire une preuve authentique de la donation (1).

La dégénérescence s'accentua de plus et, de nécessaire qu'elle était, l'insinuation devait fatalement devenir purement facultative. Enfin une Constitution de Léon le Philosophe supprima formellement la solennité de l'insinuation où il ne voyait que formalisme inutile et subtilité pure.

C'est donc en somme dans le dernier état de la législation romaine le régime complet de la clandestinité.

SECTION II.

Ancien Droit Coutumier.

A. — Période franque.

Après les invasions, grâce au principe de la personnalité des lois, deux législations sont en vigueur en même temps dans la Gaule, les Rois Burgundes et Wisigoths écrivent pour leurs sujets romains en s'inspirant du code Théodosien, des recueils, la « *Lex romana Wisigothorum* » ou « *Bréviaire d'Alarie* » et la « *Lex romana Burgundiorum* », auxquels ils donnent la sanction de leur autorité. La propriété foncière y est réglée d'après les principes exposés au chapitre précédent, elle a conservé tous ses caractères et tous ses effets.

(1) A raison de ces avantages : authenticité donnée non seulement à la date de l'acte, mais encore à tout le contenu de l'acte, l'insinuation, qui n'était obligatoire que pour toutes les donations importantes, fut bientôt usitée pour tous les autres contrats. Les nombreux exemples d'insinuation d'acte de vente, échange, paiement, tradition que nous possédons, montrent que l'on n'avait même pas attendu le conseil que Justinien donne dans la *Novelle*, LXXIII, cap. VII, § 3, en énumérant tous les avantages que présente l'insinuation de ces actes.

L'édit de 323 sur l'insinuation s'y retrouve textuellement reproduit. Nous ne reviendrons pas sur toutes ces questions et, pour plus de détails, nous renvoyons à l'ouvrage de M. Besson (1).

Les Germains pratiquèrent d'abord le collectivisme agraire et ils ne sont arrivés que tardivement à la propriété foncière individuelle, mais les Francs-Saliens, lors de l'invasion, la connaissaient sûrement.

La réalisation des transferts de la propriété s'effectuait devant le *Thing* ou tribunal populaire du district. Ce tribunal, dit la loi Salique, se composait de tous les hommes libres ou rachimbourgs, vivant dans la circonscription de la centaine. Ces rachimbourgs, ainsi que le cédant et le cessessionnaire, se réunissaient *in mallo*, c'est-à-dire dans un emplacement approprié à cette fin, sous la présidence du *Thingmann*. L'autorité royale y était représentée par le comte. Le transfert s'opère alors par la tradition, l'aliénateur se dessaisit de la chose et en investit l'acquéreur. Cette tradition est symbolique, elle a lieu ordinairement par la *festuca*, d'autres fois : *per wasonem, per ramum, per bacculum, per cutellum*, etc...

« Quelle que soit la théorie que l'on adopte sur le sens de ces diverses formalités, il est certain, dit M. Ferron, qu'elles avaient en fait pour résultat de porter l'aliénation à la connaissance d'un grand nombre de personnes et de permettre à tous ceux qui pouvaient y avoir intérêt de se renseigner facilement. C'était une publicité indirecte qui n'avait rien de commun avec les idées de crédit foncier, mais suffisante pour une époque où les déplace-

(1) Besson, *op. cit.*, p. 45, 46, 47.

ments étaient rares, où, par suite, les aliénations devaient surtout avoir lieu entre gens du même canton » (1).

B. — Période féodale.

L'institution des cours de centaine dégénéra rapidement; le comte, qui n'était tout d'abord qu'un fonctionnaire royal, s'affranchit dans la suite de l'autorité du souverain et convertit en une cour seigneuriale ce qui subsistait de l'ancien tribunal populaire.

En dehors des alleux, qui ne relèvent que « de Dieu et du Soleil », il n'existe pas de propriété foncière au sens juridique du mot, il n'y a plus que des tenures, les unes à charge de foi et d'hommage qui sont les fiefs, les autres grevées de charges et de redevances, ce sont les tenures roturières dont le type est la censive. La transmission d'aucune de ces tenures ne peut être opérée sans le consentement du seigneur (2).

En matière de mutation de fiefs, le consentement du seigneur dominant avait son expression dans l'investiture, conférée au nouveau vassal au milieu de formalités techniques solennellement accomplies.

Les mutations de fonds censuels étaient également subordonnées à l'agrément du seigneur qui avait la directe, le censitaire ne devait plus ni foi ni hom-

(1) Ferron, *op. cit.*, page 41.

(2) Bouteiller décrit la cérémonie : « Doit l'homme joindre ses deux mains en nom d'humilité et mettre es deux mains de son seigneur en signe que tout lui est voué et promet foy et loyauté et doit l'homme dire ces paroles : Sire, je viens à vostre hommage et en vostre foy et deviens votre homme de bouche et de main et vous jure et promets foy et loyauté envers et contre tous ».

Puis le seigneur baisait le vassal et lui donnait l'investiture du fief, en l'accompagnant d'une foule de symboles comme dans l'antique tradition *in mallo. (Somme rurale*, L. I, titre 81).

mage, il devait seulement se faire ensaisiner. La saisine, dit Pothier, était l'acte par lequel le seigneur (1) déclarait solennellement mettre le censitaire en possession de l'héritage tenu à cens de lui (2). Des formalités symboliques accompagnaient cette tradition. En conséquence, le nouvel acquéreur qui a pris saisine du seigneur, pouvait expulser les acheteurs ou ceux qui tenaient les biens à gage ou en nantissement et qui ne s'étaient pas eux-mêmes fait ensaisiner (3).

L'investiture et l'ensaisinement étaient donc des actes essentiellement publics et solennels, mais il ne faudrait pas voir là une application des principes de publicité que nous avons exposés au commencement de ce chapitre. Toute idée de protection des tiers est absolument étrangère à cette longue suite de formalités ; pour le fief, dont le caractère primitif était d'être viager, l'investiture n'était qu'une recommandation nouvelle du vassal à son suzerain, c'était la marque distinctive du droit éminent du seigneur ; l'ensaisinement de la censive était une

(1) En réalité, ce n'était pas entre les mains du seigneur lui-même que se faisait la dessaisine mais devant la cour seigneuriale « *Curia Domini* ». Dans les provinces de l'ouest et du midi, devant le Tribunal des Echevins ; dans le nord et à l'est, devant le « *dinghof* » ou plaid général, ou franches vérités, cour foncière où le droit de la communauté des tenanciers semble s'affirmer parallèlement à celui du seigneur. V. Besson, *op. cit.*, pages 53 et 54.

(2) D'après le grand coutumier de France, les formalités étaient les suivantes : « Et faut que le vendeur aille dans les huit jours, à compter du jour de la vente, par devers le seigneur foncier et dire : Sire, j'ai vendu tel héritage ou tel cens de tel héritage nonant de vous en censine pour tel pris, je m'en dessaisi en votre main et veuil et vous requiers que le dit acheteur ensaisiniez ; ce fait le bailleur doit bailler la saisine à l'acheteur et dire : Je vous en saisis ou met en saisine de tel héritage sauf mon droit et l'autruy en toutes choses. (Grand Coutumier, livre II, chap. XXIII).

(3) Beaumanoir, XXXIV, § 175-176, L. IV, § 249.

conformation du droit de suzeraineté du seigneur sur le fief servant.

Mais, et surtout, cette formalité était pour le seigneur une source de profits et le motif de percevoir une taxe : les droits de quint et de requint pour les fiefs ; de lods et ventes pour les fonds censuels. Vers le XI^e siècle, la hiérarchie purement personnelle de la féodalité commença à s'altérer et l'on vit apparaître la notion de la relation directe de l'homme avec la terre qu'il exploite en même temps que se relâchait la notion du lien simplement personnel entre les hommes. Dès lors la propriété foncière, au sens véritable du mot, fut constituée.

A la longue, on vit aussi que l'ensaisinement, par son organisation même, arrivait à avertir les intéressés des diminutions survenues dans la fortune des possesseurs de fiefs et de censives, et l'idée de publicité d'abord ignorée, ou tout au moins à peine soupçonnée, finit par devenir telle qu'elle efface toute autre considération.

Au XIII^e siècle, déjà on s'aperçoit que la relation des investitures sur les registres des greffes et des cours féodales, usage qui s'établit à cette époque, constitue un moyen précieux de publicité. Dumoulin nous parle en termes exprès de cette fonction du cartulaire (1).

Entre autres textes législatifs de l'époque concordant sur ce point avec le témoignage des chartes et des auteurs, nous citerons la coutume de Cambrai ;

(1) Et solebant olim investituræ publice fieri ; vel apud acta in prætorio judicis si dominus habebat juridictionem contentiosam, vel in loco dominanti ; ubi præsentibus ministris et testibus in libro vel Cartophylacio ad hoc destinato conscribebantur investituræ et sic inerat quædam solemnis publicatio.

DUMOULIN, sur Paris, titre I^er, § 1, glos. 1, n° 30.

cette coutume ayant admis la validité des aliénations foncières faites sans le concours des échevins, l'empereur Rodolphe ordonna dans un édit de juin 1284, le retour à la formalité de l'ensaisinement « en vue de prévenir la fraude et de sauvegarder les droits de chacun » (1).

Cette transformation se perfectionna à un tel point que l'on soumit à cette formalité même les alleux, jusqu'alors soustraits à l'investiture.

Malheureusement, ces formalités extérieures, qui étaient restées à peu près sensiblement les mêmes, mais dont le but était tout autre et dont l'utilité pratique était incontestable, devaient progressivement disparaître, sauf dans quelques provinces dont nous suivrons l'histoire plus loin. C'est aux XIV^e^ et XV^e^ siècle que les formalités d'ensaisinement cessèrent d'être pratiquées.

A cette époque, en effet, une véritable révolution se produisit dans le domaine juridique ; c'est la renaissance du droit romain. Les légistes, dit M. Ferron, dont on connaît la haine pour tout ce qui touchait la féodalité, mirent leurs efforts à substituer, autant que le permettait le changement de civilisation, les décisions des lois romaines aux règles du vieux droit féodal. Au point de vue des transferts de propriété ils réussirent complètement (2).

Le premier, le Parlement de Paris établit la maxime : « Ne prend saisine qui ne veut », formule qui devait passer dans la plupart des coutumes. La tradition remplaça l'ensaisinement ; aussi Loysel

(1) Besson, *op. cit.*, page 53.
(2) Ferron, *op. cit.*, page 50.

dit-il dans ses Institutes coutumières : « Appréhension de fait équipolle à saisine » (1).

La tradition, d'abord réelle, devint *longa manu*, puis *brevi manu* ; enfin, elle put résulter de la simple clause de dessaisine-saisine, « clause par laquelle, dit Pothier, le vendeur ou le donateur déclare qu'il se dessaisit de l'héritage et qu'il en saisit l'acheteur ou donataire dans un acte passé devant notaire » (2).

« Dans cette lutte contre le formalisme du moyen-âge, conclut fort judicieusement M. Ferron, dans cette réaction contre le matérialisme du droit féodal, on oublia le côté utile des anciennes solennités. En établissant un mode de transfert plus rapide et plus commode, on ne sentait pas qu'on allait donner à la propriété un caractère clandestin et rendre ainsi la fraude beaucoup plus facile, qu'en un mot on sacrifiait les intérêts des tiers » (3).

L'hypothèque, dont nous n'avons pas encore parlé, subit la même évolution que les transferts de propriété. L'hypothèque mit un certain temps à se dégager. On trouve comme première forme de sûreté réelle l'aliénation, au profit du créancier, du bien qui va lui être donné en garantie : c'est le *mort gage* et le *vif gage*, ou conventions qui ont

(1) Loysel, livre II, tome IV, reg. 6.

(2) Pothier : Traité du droit de propriété, n° 213.

(3) Ferron, page 53 et suiv. M. Ferron montre que ces intérêts des tiers et les dangers qu'ils peuvent courir ont cependant préoccupé certains esprits. Dumoulin s'opposa à la tradition feinte, c'est-à-dire à la clause de dessaisine-saisine. Cette préoccupation se manifeste surtout dans la célèbre et fort longue controverse dont M. Ferron rappelle toutes les phases, controverse qui peut se poser ainsi : quand un même immeuble a fait l'objet de la part du même vendeur, au profit de deux acquéreurs différents, d'une tradition feinte d'abord, puis d'une tradition réelle, quelle est celle des deux traditions qui doit l'emporter ?

pour but d'assurer au créancier la libre possession ou jouissance du bien remis en garantie, tant que le débiteur ne l'aura pas racheté en payant le montant de sa dette ; seulement, au cas de vif gage, le créancier doit imputer les fruits sur le montant de sa créance ; c'est une sorte de nantissement immobilier d'où est sortie notre antichrèse.

Comme en droit grec et en droit romain, les inconvénients de la dépossession du débiteur dans le mort gage et le vif gage, amenèrent une transformation dans la forme de la garantie et on passa du gage à l'hypothèque.

A l'origine, les créanciers ont le droit de saisir la personne de leur débiteur et de faire vendre ses meubles; mais ils ne peuvent pas s'attaquer à ses immeubles. Cette règle reçut d'importantes atténuations dans une institution empruntée au droit romain : l'*obligatio rei,* qui consiste dans une convention particulière par l'effet de laquelle les biens d'un débiteur, non seulement les meubles, mais encore les immeubles, sont affectés à l'exécution d'une obligation (1).

L'obligation est générale ou spéciale.

« L'obligation générale, dit M. Esmein, ne produisit d'abord le droit de suite que dans des limites fort restreintes ; elle n'entraînait pas le droit de préférence. Malgré l'obligation générale qu'il avait consentie, le débiteur pouvait encore aliéner ses immeubles à titre onéreux et l'acquéreur n'avait rien à craindre

(1) « Et à ce tenir fermement ai-je obligié moi et mes hoirs et tout le mien présent et à venir, muebles et héritages ». BEAUMANOIR : Les Coutumes de Beauvoisis, XXXV, 20. (EditionBeugnot, II, p. 49.)

des créanciers ; seul, un donataire eût été exposé à leurs poursuites » (1).

L'obligation spéciale, au contraire, engendrait et un droit de suite dans tout cas d'aliénation, et un droit de préférence. C'était donc, en somme, l'hypothèque romaine avec cette double différence, d'abord qu'elle ne portait pas sur les meubles (différence qui ne subsista pas toujours), ensuite qu'elle ne pouvait se réaliser sans l'intervention du seigneur foncier ou de l'autorité locale qui ensaisinait le créancier hypothécaire. Ce formalisme amenait nécessairement la publicité de l'hypothèque et la spécialisation du gage hypothécaire ; la tradition s'en conserva, comme nous le verrons tout à l'heure, dans les pays de nantissement.

La ressemblance avec l'hypothèque romaine s'accentua de plus en plus ; « bientôt ne distingua-t-on plus, dit M. Esmein, quant au droit de préférence ni quant au droit de suite, entre l'obligation générale et l'obligation spéciale. Entre les créanciers hypothécaires, l'ordre des temps régla toujours les rangs ; seules les hypothèques privilégiées primèrent les autres, non en raison de leur spécialité, mais en raison de leur origine » (2). Désormais l'hypothèque résulta du seul consentement des parties et il n'y eut plus besoin, dans le droit commun de la France, du concours du seigneur.

L'hypothèque, dans notre ancien droit, présentait donc, au point de vue des tiers, tous les inconvénients de l'hypothèque romaine, car elle était occulte

(1) Voir sur tout ce sujet l'importante dissertation de M. Esmein : Etude sur les contrats dans le très ancien droit français, pages 177 et suivantes.

(2) Esmein, *op. cit.*, pages 196-197.

comme celle-ci. Les dangers de cette absence de publicité augmentèrent même par l'étendue donnée à l'hypothèque générale, que l'on finit par attacher à toute obligation, au moins lorsqu'elle était reçue par acte authentique.

On en arriva à décider que l'hypothèque ne pouvait être constituée que par un acte authentique ; mais on admit en même temps que tout acte authentique emportait hypothèque sans qu'il y eût besoin d'une convention particulière dans l'acte, comme l'obligation générale dans le droit ancien primitif (1); l'hypothèque pour être spéciale devait être expressément stipulée.

Si la forme authentique était de nature à empêcher quelques fraudes, comme l'antidate, elle ne remédiait en aucune façon au vice de clandestinité, les prêteurs et les acquéreurs ne pouvant ni savoir devant quel notaire une hypothèque avait été donnée, ni, s'ils l'avaient par hasard appris, prendre connaissance de l'acte.

Autrefois, en effet, comme aujourd'hui, les notai-

(1) Loyseau, dans son traité du Déguerpissement, montre en termes expressifs l'extension donnée à l'hypothèque générale et le péril que cet état de choses avait créé :

« Et encore en France on a bien passé plus outre ; car, pour ce qu'en tous les contrats, par un style ordinaire des notaires, on s'est accoustumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens ; on a enfin tenu pour règle que tous contrats portaient hypothèque sur tous les biens ; comme cette clause était souls entendüe si elle avait été obmise.

« En quoy à la vérité il n'y a nul inconvénient pour le regard du débiteur ; car, il est bien raisonnable de le faire bon payeur par tous moyens ; mais l'inconvénient est grand à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foy, qui pensant être bien asseuré de ce qu'on lui vend et qu'on met en sa possession, sachant bien qu'il appartenoit à son vendeur, s'en voit enfin évincé et privé par un malheur inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, lesquelles estant constituées secrètement, il ne lui était possible de savoir ny descouvrir. — *Du Déguerpissement*, livre III, chap. I^er^, n^os^ 15 et 19.

res ne pouvaient communiquer les actes qu'aux parties elles-mêmes.

En résumé, dans notre ancien droit, les droits réels immobiliers n'étaient soumis à aucune mesure de publicité. Les tiers n'avaient aucune sécurité ni aucun moyen de contrôle. L'acheteur et le prêteur sur hypothèques étaient obligés de s'en rapporter uniquement à la bonne foi du vendeur ou de l'emprunteur. La royauté, comme nous le verrons dans la suite, fit des tentatives pour remédier à cet état de choses, mais elles échouèrent. Seules quelques coutumes eurent un système particulier, et ce sont ces coutumes que nous allons maintenant étudier.

C. — Coutumes de Nantissement.

Le *nantissement,* suivant la définition de M. Besson, était un acte de juridiction gracieux, consistant en une mise en possession judiciaire opérée dans l'auditoire même du tribunal foncier par les officiers de la justice seigneuriale.

C'est dans le nord de la France, en Flandre et dans les Pays-Bas, dans ces régions où les relations commerciales étaient plus développées, où l'on sentait plus qu'ailleurs le besoin de garantir la sécurité des transactions, qu'était née et devait se perfectionner cette institution, origine de notre système actuel de publicité (1).

Quelles étaient les formes du nantissement ? Connues sous le nom de vest, devest, deshéritance, adhéritance, dessaisine, saisine, et particulièrement

(1) Les principales coutumes françaises qui employaient le nantissement étaient celles de Ponthieu, de Picardie, de Vermandois, du Cambrésis, du Valois, de Boulonnais, de Reims, Péronne, Chaulny, Amiens.

devoirs de loi, ces formes peuvent s'analyser en une double opération.

Les contractants comparaissent en personne ou par fondé de pouvoir devant le tribunal compétent suivant la nature et la situation du bien (1).

Le vendeur établissait son titre d'acquisition, faisait une déclaration détaillée indiquant la nature, la situation, la contenance et les limites de chacun des héritages compris dans l'aliénation. — Une fois qu'il avait satisfait à toutes ces prescriptions, « est requis, nous dit clairement la coutume de Vermandois, que le vendeur se dévête ès mains de la justice foncière, sous laquelle est ledit héritage acquis au profit de l'acheteur et qu'icelui acheteur en soit vêtu et saisi de fait ; et se fait communément ladite vesture par tradition d'un petit baton ou buchette » (2).

Telle était la première opération du vest et devest, la seconde était le nantissement proprement dit. Il consistait dans l'inscription sur un registre au greffe des juges qui ont reçu les devoirs de loi, non pas de l'acte, mais d'un procès-verbal constatant que les prescriptions légales avaient été remplies. Cette insertion devait être faite à peine de nullité ; les registres étaient publics, les greffiers les communi-

(1) La juridiction compétente variait suivant les coutumes : dans celles de Reims, de Vermandois et la plupart de celles des Pays-Bas, c'est devant les officiers de la seigneurie dont relève le bien que les parties doivent comparaître ; dans la coutume de Douai, c'est en présence de deux échevins ; à Péronne, c'est devant le bailly et deux témoins. Dans les Pays-Bas, pour les fiefs, c'est devant la Cour féodale composée du bailly et des hommes de fief et pour les rotures, devant la Cour échevinale composée d'un prévot et des censitaires du seigneur.

(2) Coutume de Vermandois, art. 126.

quaient et en donnaient des extraits à tous requérants (1).

Le nantissement était nécessaire pour transférer la propriété et constituer des droits réels à l'égard des tiers ; tel est le principe, principe sans aucune dérogation en matière de transfert de propriété (V. Cout. de Vermandois, art. 116). Cambrésis, titre V, art. 1er. — Amiens, art. 137. — Boullonais, art. 115. — Ponthieu, art. 111. — Péronne, art. 264. — Reims, art. 162. — Les donations ordinaires étaient assimilées aux ventes et échanges.

Le désaccord apparaît dans les coutumes en ce qui concerne les dispositions par contrat de mariage ; les unes ne faisaient aucune différence entre les contrats de mariages (Chartes générales du Hainaut, chap. XXIX, art. 23), d'autres ne soumettaient aux devoirs de loi que les seules dispositions matrimoniales concernant les fiefs (Bruxelles, art. 251. — Namur, art. 49). Enfin, les rédacteurs de la coutume de Reims étaient encore allés plus loin, ils avaient accordé le privilège de la dispense même pour les fiefs (Reims, art. 162). Pour les transmissions à cause de mort, la plupart des coutumes n'exigeaient pas le nantissement. La coutume de Valenciennes (art. 147) imposait cependant une solution contraire en ligne collatérale. Contrairement à la coutume de Reims et

(1) En ce qui concerne les alleux, les coutumes n'étaient pas d'accord pour décider s'il fallait les soumettre aux formalités de nantissement. La coutume de Péronne, art. 267, décide « qu'en franc alleu n'y a dessaisine ni saisine ». La coutume de Hainaut, (Chartes générales, chap. CVI, art. 2), dit, au contraire, qu'au regard de l'alleu il doit y être fait comme pour le fief. Quoi qu'il en soit, la publicité ne fut jamais aussi sérieuse que pour ces derniers et sauf à Gand et à Bruges où les échevins tenaient des registres spéciaux, les francs Alléotiers consignaient sur des feuilles volantes le procès-verbal des formalités du vest et du devest, qui s'étaient accomplies devant eux. V. FERRON, *op. cit.*, pages 63-64-65.

à la jurisprudence du Parlement de Paris, qui reconnaissaient que la propriété des choses léguées passait directement et sans tradition de la tête du défunt sur celle du légataire, la coutume de Douai (art. 5, ch. II), exigeait le nantissement des testaments.

Sauf la coutume de Valenciennes (art. 150), qui faisait exception à la règle, le nantissement n'était pas exigé pour les partages considérés comme actes simplement déclaratifs et non attributifs de propriété.

Le nantissement était également exigé pour les charges et droits réels pesant sur la propriété, tels que l'usufruit, les servitudes et surtout les hypothèques.

L'hypothèque conventionnelle était d'une part publique ; elle ne pouvait s'acquérir autrement que par nantissement et prenait date du jour de son inscription sur les registres publics de la justice seigneuriale (1); d'autre part elle était spéciale ; les biens sur lesquels elle portait devaient être nettement individualisés en indiquant leur contenance et leurs limites.

L'hypothèque judiciaire, généralement repoussée par les pays de nantissement, n'existait que dans les coutumes de Picardie et de Vermandois (art. 125), c'est-à-dire dans les provinces rattachées au Parlement de Paris et qui forcément, comme nous le verrons dans la suite, devaient subir l'influence de la jurisprudence de droit commun. Il en était de

(1) Dans la chatellenie de Lille où la solennité du vest et du devest était supprimée, on suppléait au nantissement proprement dit par l'apposition du sceau de baillage sur le titre hypothécaire ; mais le principe de publicité était cependant sauvegardé, les hypothèques étant inscrites « sur un registre du greffe, auquel chacun pouvait avoir recours pour la conservation du droit de toute personne à qui le fait pourrait toucher ».

même des hypothèques légales tacites « sauf le privilège du prince » (1).

On voit facilement maintenant quels effets produisait cette publicité ; le principal était de mettre les tiers acquéreurs et prêteurs à l'abri du *stellionat*.

L'acquéreur consultait les registres du greffe et voyait si l'immeuble qu'il se proposait d'acquérir n'avait pas été l'objet d'un nantissement au profit d'un autre acquéreur ; si le registre ne contenait aucune mention, il se faisait nantir et ne risquait plus rien, car, de deux acquéreurs du même immeuble, le premier nanti était le vrai propriétaire, l'autre n'avait qu'une action personnelle contre son vendeur (2). Lorsque le second acheteur, qui s'était fait nantir le premier, était de mauvaise foi, on accordait au premier une action révocatoire pour faire casser le nantissement qui avait eu lieu (3).

Tel était l'effet à l'égard des tiers. Mais on admet généralement, en se basant sur une note de Dumoulin (note sur l'art. 119 de la coutume de Vermandois) et sur un passage de Merlin (4), que le défaut de nantissement n'empêchait pas l'acquéreur d'avoir, au regard du cédant, la propriété de la chose aliénée. Le nantissement, comme notre transcription moderne, n'avait donc d'effet qu'à l'égard des tiers (5).

(1) Coutume de la chatellenie de Lille, titre XXII, art. 3.

(2) Coutume de Vermandois, art. 28.

(3) On voulait et avec raison, protéger, grâce au nantissement, les tiers acquéreurs, mais non favoriser le dol. Ce sont ces motifs qui ont fait adopter la même règle dans la loi belge de 1851.

(4) Répertoire de Jurisprudence. V. Nantissement, XLIV, p. 70 et 71.

(5) M. Ferron ne croit pas que notre théorie du Code civil soit déjà née et, se basant sur d'autres citations de Merlin, il prétend que le nantissement est nécessaire pour que la propriété soit trans-

Tout ce que nous avons dit pour les acquéreurs était également vrai pour les créanciers hypothécaires. Envers les tiers acquéreurs, le nantissement produisait le droit de suite, entre les différents créanciers, il réglait l'ordre de préférence.

Sans aller plus loin dans cette étude forcément très restreinte et incomplète des coutumes de nantissement, nous pouvons cependant nous faire une idée du progrès énorme qu'elles avaient réalisé. La véritable idée de publicité était née, et avec elle apparaissait, pour la première fois, la notion du crédit foncier. Les tiers acquéreurs pouvaient, en effet, se mettre à l'abri des dangers causés par une aliénation antérieure. Les prêteurs, grâce à l'examen des registres, connaissaient les charges pesant sur les biens donnés en gage par l'emprunteur.

Malheureusement, la sécurité n'était pas plus absolue que de nos jours pour les tiers et le nantissement n'empêchait en aucune façon le titre d'être annulable ou résoluble, même à l'encontre de ces derniers. Mais il serait vraiment injuste, dit M. Ferron, de reprocher à la législation coutumière de n'avoir pas réalisé un progrès, que notre droit moderne ne connaît pas encore. Le système des coutumes de nantissement offrait, avec le droit général des coutumes, un contraste si frappant, que l'on ne doit pas s'étonner outre mesure des éloges que le Parlement de Flandre lui décernait, en déclarant, dans ses remontrances au sujet de l'édit de 1771, que cette organisation était le « chef-d'œuvre de la sagesse, le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, un droit

férée, non seulement vis-à-vis des tiers, mais entre les parties, avec cette restriction toutefois, qu'entre les parties, les devoirs de loi peuvent être remplacés par une simple tradition de fait ; c'est le cas qui se présente dans le passage de Merlin communément invoqué.

fondamental dont l'usage avait produit, dans tous les temps, d'inestimables effets, et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires ».

En 1804, le rapporteur du Titre des Privilèges et Hypothèques, le tribun Grenier, fait timidement remonter au droit romain l'origine de ces dispositions, puis, s'arrêtant à l'idée que le droit romain pourrait bien y être étranger, il exprime son étonnement de cette perfection du droit féodal, malgré tout le dédain qu'il prodiguait, comme tous les hommes de la Révolution, à son égard. « Si on ne pouvait pas, dit-il, reporter l'origine des dispositions de ces coutumes à l'ancien droit romain et si on ne devait la puiser que dans le régime féodal, d'après lequel les seigneurs auraient également voulu qu'on ne put hypothéquer et vendre les fonds relevant de leurs fiefs sans leur consentement; toujours est-il vrai, que, de ce régime bizarre et si contraire en général à tout ordre social, il en serait sorti les éléments les plus propres à l'organisation d'un régime hypothécaire » (1).

C'est dans ces coutumes que les rédacteurs des lois de messidor an III et surtout de brumaire an VII allèrent chercher l'idée de protection des tiers par la publicité, et c'est de là qu'elle a passé dans notre législation actuelle.

D. — Appropriance de Bretagne.

Un système particulier était suivi dans le ressort du Parlement de Bretagne, c'est celui de l'*appropriance,* système qui n'a eu aucune influence sur notre système actuel de publicité, mais dont l'étude a la plus haute importance au point de vue histori-

(1) Rapport au Tribunat, Fenet, xv, p. 483.

que, comme nous le montrerons dans la conclusion de ce chapitre.

« Sous l'empire de la coutume de Bretagne, dit M. Planiol (1), on entendait par là différents procédés qui, variables dans leurs formes, arrivaient tous à ce résultat, de donner à une acquisition immobilière une force inébranlable en la protégeant à jamais contre les nombreuses causes d'éviction, de résolution ou de retrait dont elle était menacée ».

On se perd en conjectures sur l'origine des appropriances ; ce que l'on peut affirmer, dit M. Planiol, c'est qu'au XIII^e siècle, les bannies se montrent en plein fonctionnement. D'abord appliquées aux héritages, c'est-à-dire terres et maisons, elles furent de bonne heure étendues à toutes choses réputées immeubles.

Deux conditions étaient nécessaires pour l'appropriance par bannies (2); il fallait d'abord que l'aliénateur eût lui-même une possession annale antérieure, qu'il eût acheté « du vestu et du saisi », dit la très ancienne coutume ; condition qui n'était pas exigée, cela va de soi, dans les appropriements par an et

(1) M. Planiol a, dans un remarquable article, étudié, au point de vue historique surtout, ce côté si curieux de la Coutume de Bretagne. (Nouvelle revue historique du droit français et étranger, 1890, tome XIV : *Les appropriances par bannies dans l'ancienne Coutume de Bretagne).* Nous avons fait de copieux emprunts à son article ainsi qu'à la thèse de M. Couchouren : *Des Appropriements ou Appropriances dans le droit coutumier breton* (Rennes, 1888), qui est un bon résumé de tout ce que les anciens auteurs bretons ont écrit sur la matière. Nous renvoyons pour plus amples détails à ces deux ouvrages.

(2) Il existait une forme d'appropriance : celle par longue tenue, que nous passerons sous silence. Elle ressemblait beaucoup à la prescription, s'établissait par une possession de 15 ans, mais n'exigeait pas de bonne foi. Voir COUCHOUREN, *op. cit.*, page 60 et suiv. De plus, ce n'est pas un mode d'acquisition de la propriété spécial à la Coutume de Bretagne, on la retrouve, avec un délai plus court, dans les Coutumes de Reims, art. 168 ; Péronne, art. 265 ; de Vermandois, art. 130, toutes coutumes de nantissement.

jour ; en second lieu, l'acquéreur devait avoir été mis en possession réelle de l'immeuble par son auteur, en exécution du contrat.

Quelle était la procédure de l'appropriement par bannies ? Il y avait plusieurs formalités : les *bannies*, les *requêtes*, la *certification des bannies*, l'*insinuation à fin d'appropriement* (1).

A. Les Bannies. — Les bannies sont des proclamations faites en public par un sergent dit *bannier*. Elles avaient lieu ordinairement le dimanche, dans la paroisse où se trouvait l'héritage vendu, à la porte de l'église, au moment de la sortie de la grand'-messe ; ou bien encore, les jours de marché, « à la *mestre* ville de la Châtellenie ». Le sergent doit donner lecture à haute et intelligible voix, du contrat intervenu entre les parties, de l'acte de prise de possession et de la cour de justice devant laquelle l'acquéreur veut s'approprier. Ces formalités tombèrent en désuétude et, au siècle dernier, dit M. Planiol, elles se réduisaient à une affiche, comme nos publications de mariage pour lesquelles le code exigeait une lecture à haute voix qui ne se fait plus (art. 63, C. civil).

Les bannies, au nombre de trois, devaient avoir lieu, d'après l'article 17 de l'ordonnance de Jean III, à intervalle de huit et quinze jours ; mais il est probable qu'un autre usage fut suivi, car l'article 40 de la très ancienne coutume constate qu'elles doivent avoir lieu de « ouïctaine en ouïctaine ».

B. Requêtes (2). — Outre les bannies publiques, le sergent bannier, accompagné de témoins, notifiait

(1) M. Planiol a mis le premier en lumière cette partie de la procédure de l'appropriance dont il n'est pas fait mention, même dans la très ancienne coutume.

(2) Nous étudierons ces formalités d'après l'ordre historique.

la vente aux parents du vendeur qui auraient eu le droit d'exercer le retrait de l'immeuble vendu. M. Planiol apporte à l'appui de ses assertions différents textes provenant de l'ancien couvent de Saint-Mélaine, auxquels nous renvoyons (1).

Les intéressés étaient avertis de deux manières différentes : à ceux qui étaient présents et connus, on adressait une requête spéciale ; les autres étaient censés prévenus par les bannies. Cet usage des requêtes semble avoir complètement disparu au cours du XIV^e^ siècle.

C. Certification des bannies. — Cette formalité, qui se trouve mentionnée dans le chapitre 40 de la très ancienne coutume, consiste dans la déclaration que fait le sergent à l'audience, et par laquelle il affirme, sous serment, que les bannies et les requêtes ont eu lieu. Dans l'usage suivi, le juge décernait acte et déclarait en conséquence l'acquéreur bien et dûment approprié ; ce qui suscite les protestations de d'Argente, car, d'après lui, le juge n'avait qu'à jouer un rôle purement passif.

D. Insinuation du contrat. — Les trois formalités précédentes composèrent d'abord uniquement la procédure de l'appropriance. Mais, à la suite d'un séjour qu'il fit en Bretagne et où il fut sans doute assailli de plaintes, Louis XIII fit paraître en août 1626 un édit, appelé édit des insinuations (2), qui avait pour but « de corriger les abus et les injustices que

(1) V. PLANIOL, *op. cit.*, pages 446 et 447.

(2) Il ne faut pas oublier que l'art. 132 de l'ordonnance de Villers-Cotterets, modifié par l'art. 38 de l'ordonnance Moulins, avait déjà prescrit l'insinuation des donations. Ces dispositions étaient suivies en Bretagne avant 1636. Mais l'insinuation requise par l'ordonnance de Moulins pour la validité des donations, est bien différente, comme nous allons le voir dans le chapitre suivant, de celle exigée à fin d'appropriements. Ces deux sortes d'insinuation n'ont ni les mêmes formes ni les mêmes effets et ne peuvent se suppléer l'une l'autre.

causait cette mancipation si précipitée », critiques qui certes ne manquaient pas de fondement (1).

L'édit comportait quatre dispositions principales : 1° il ordonne l'insinuation des contrats d'aliénation d'héritages à fin d'appropriement et fait de cette insinuation une condition essentielle ; 2° l'appropriement par bannies ne pourra avoir lieu que six mois après l'insinuation ; 3° le sergent devra donner lecture de l'acte d'insinuation avant celle de l'acte de prise en possession ; 4° les acquéreurs, en inscrivant leur contrat, devront élire domicile chez un procureur de la ville où l'insinuation est faite, pour y recevoir tout exploit d'opposition à l'appropriement. Si l'on ajoute que les registres des greffiers d'insinuation renfermaient copie de la grosse des contrats qui leur étaient présentés et qu'ils étaient publics, on voit que l'on peut soutenir avec raison que la transcription des actes d'aliénation, comme nous l'entendons de nos jours, existait en Bretagne dès 1626.

Cette innovation constituait un progrès énorme et c'est ce qui explique peut-être la résistance du Parlement qui n'enregistra l'édit que sur le très exprès commandement du roi et encore avec quelques modifications ; son application souleva des difficultés fort nombreuses, mais il intéressait trop le fisc pour que les gens du roi n'y prêtent la main très sévèrement (2).

(1) Le préambule de l'édit est fort curieux, car il constitue un véritable réquisitoire contre les effets de l'appropriement tel qu'il existait avant l'institution de l'insinuation.

(2) L'Edit de 1626 avait établi une charge de greffier, à fin d'appropriement près de chaque sénéchaussée. L'insinuation donnait lieu, au profit du greffier, qui avait dû payer sa charge fort cher, à la perception d'un salaire gradué à raison de l'importance des actes présentés à la formalité : ce droit était de vingt sous pour les

Les effets de l'appropriement étaient ceux d'une véritable purge. Pour les intéressés hors du duché, les bannies ne produisaient point d'effet, l'acquéreur ne pouvait être à l'abri de leurs réclamations qu'après un an et un jour. Pour ceux dans le duché au contraire, les bannies produisaient leur effet immédiatement, ils n'avaient que huit jours après le dernier ban pour former opposition. Ces ayants-droit mis en demeure de se présenter étaient :

1° Les presmes ou parents qui jouissaient du droit de retrait ;

2° Les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble (1) ;

3° Le véritable propriétaire si le bien n'appartenait pas au vendeur ;

4° Le vendeur lui-même pour le paiement du prix.

Passé les huit jours, ils étaient tous forclos et l'immeuble ne restait plus grevé que des charges normales de la propriété, telles que les servitudes, les rentes foncières et féodales, dont l'appropriement purgeait seulement les termes échus. Nous voyons donc qu'il se dégageait, surtout depuis l'édit de 1626, de ce système de l'appropriance une publicité encore plus éclatante que celle du nantissement ; publicité dont le résultat était en revanche de rendre irrévocable le droit de l'acquéreur et de le mettre à l'abri de toute discussion. On arrive ainsi au renversement du principe contenu dans l'adage : *nemo dat quod non habet ;* principe qui est appliqué dans notre

contrats au-dessous de 50 livres ; de 32 sous à partir de 50 livres jusqu'à 100 ; de 48 sous depuis 100 jusqu'à 300 livres, et ainsi de suite, suivant une progression modérée qui s'arrêterait au tarif de 12 livres 16 sous pour les contrats au-dessus de 3.000 livres.

(1) Tous les créanciers étaient considérés, en Bretagne, comme ayant hypothèque ; ils étaient payés par ordre de date.

système actuel de transcription. L'appropriement breton était donc une institution dont le but était de faire respecter par tous la convention intervenue entre les parties alors même que l'immeuble aliéné n'appartiendrait pas au vendeur; (le véritable propriétaire n'avait plus dans ce cas qu'une action personnelle contre l'usurpateur).

Si les tiers n'interviennent pas, s'ils sont négligents malgré la publicité considérable qui a été faite, quand personne enfin ne fait opposition, la coutume érige en présomption *juris et de jure* que l'immeuble est franc de tout droit réel. — N'est-ce pas là le principe contenu de certaines législations modernes, de la foi due aux registres publics. Ce sont ces analogies inattendues avec le groupe des législations centemporaines, en tête duquel se trouve l'*Act Torrens*, qui donne à l'étude de cette antique institution un intérêt tout particulier. « Publications préalables renouvelées à des intervalles réguliers, dit M. Besson, période de purge pendant laquelle doivent se produire, sous peine de déchéance, les oppositions des tiers intéressés, investiture publique et irrévocable de l'acquéreur, il n'est pas un de ces traits essentiels du *Réal property Act* et du régime de publicité de la ville de Brême, qu'on ne puisse entrevoir à l'état d'ébauche fruste et inachevée dans le formalisme suranné de l'appropriance ». « Cette constatation, conclut l'éminent auteur, démontre que la théorie de la force probante, ce criterium de la publicité allemande, n'est pas absolument étrangère à nos traditions juridiques et qu'en inscrivant ce principe au premier plan de notre projet de réforme, nous n'empruntons rien à l'Allemagne, nous ne faisons que reprendre notre propre bien » (1).

(1) Besson, *op. cit.*, page 66.

SECTION III

Régime des édits et ordonnances.

A. — Renaissance de l'insinuation.

Tandis que les pays de nantissement et la Bretagne étaient arrivés à un régime de publicité, sinon parfait, tout au moins bien suffisant pour cette époque, le reste de la France était plongé dans les ténèbres d'un occultisme complet. L'ensaisinement féodal tomba, comme nous l'avons vu dans un chapitre précédent, en désuétude et la clause de desaisine-saisine, qui était rapidement devenue de style, fût bientôt même passée sous silence. C'était donc bien là la clandestinité absolue.

Cependant, au XII^e^ siècle, dans les pays de droit écrit, on voit apparaître, avec la renaissance du droit romain, une institution inspirée de la législation du bas Empire : celle de l'insinuation des donations. Le but de cette institution nous est clairement indiqué par Alciat, qui professa le droit romain sous François I^er^ : « L'insinuation, dit-il dans son commentaire sur le Code, ne me paraît pas avoir été introduite simplement dans l'intérêt des contractants, mais aussi dans l'intérêt des tiers : on a voulu ainsi empêcher un homme de mauvaise foi de faire une donation en secret, de contracter ensuite en trompant de la sorte ses créanciers » (1).

D'autres édits et ordonnances, rendus à partir du XV^e^ siècle sur la même matière, invoquent de semblables motifs ; en 1539, François I^er^, par l'ordonnance de Villers-Cotteret, établissait pour toutes les

(1) Rapporté par Besson, *op. cit.*, page 68.

donations entre vifs et pour tout le royaume, la nécessité de l'insinuation ; à partir de cette date, jusqu'en 1769, plus de vingt textes législatifs sont conçus dans le même sens. Mais alors, dira-t-on, ce besoin de protection des tiers et les moyens employés pour y arriver, nous montrent que toute idée de publicité n'avait pas été abandonnée par le législateur ?

Ce n'est là hélas, qu'une apparence, et si aux XII^e^ et XIII^e^ siècles les paroles d'Alciat étaient exactes, les rois virent de bonne heure dans l'insinuation une formalité bien plus destinée à satisfaire les besoins du fisc que ceux de la bonne organisation de la propriété foncière. L'idée de protection des tiers qu'ils continuèrent à invoquer dans leurs édits n'était, si l'on veut bien nous pardonner l'expression, qu'un pavillon couvrant la marchandise. Le but réel de l'institution était peu louable, assurément ; il faut cependant reconnaître, comme nous le montrerons bientôt, que les résultats en furent des plus précieux.

Restreinte au début aux donations, l'insinuation fut étendue aux substitutions fidéicommissaires par une ordonnance de mai 1552, qui ne fut jamais appliquée, et par la fameuse ordonnance de Moulins de 1566 (1).

Henri II, dans un édit de 1553, continua la généralisation en étendant le principe de l'insinuation aux contrats de vente, échange, cessions, transferts et constitution de rente et toutes autres obligations excédant 50 livres tournois. Les parlements ne

(1) Afin de ne pas allonger d'une façon démesurée cet historique, nous renvoyons à l'ouvrage de M. FERRON, *op. cit.*, pages 89 et suivantes, pour l'interprétation de ces ordonnances.

virent dans cette mesure qu'un moyen de se procurer des ressources en créant de nouvelles charges ; ils résistèrent si bien que l'édit fut lettre morte.

Louis XIV reprit l'idée de Henri II, en la généralisant d'une façon complète, dans un édit de décembre 1703, établissant que « tout contrat de vente, échange, décret et autres actes translatifs de propriété de biens immeubles tenus en fief ou censive, soit du roi ou des seigneurs particuliers, seraient insinués et enregistrés aux greffes des sièges royaux de la situation des biens, moyennant le paiement du centième denier du prix ou de la valeur des biens transmis » ; mais cette fois la réforme avait le mérite de la franchise au moins, puisque cette nouvelle taxe, dit l'édit, est introduite « pour subvenir aux dépenses excessives de la guerre ».

Cette tendance fiscale de l'insinuation s'accentua de plus en plus dans les actes législatifs ultérieurs et, à la fin de notre ancien droit, on peut affirmer dit M. Besson, « qu'elle n'ajoutait rien aux effets des actes autres que les donations ; pour les transferts à titre onéreux, c'était une formalité indifférente, dont l'omission n'entraînait d'autre peine qu'une surtaxe à payer aux commis de la Ferme » (1).

L'insinuation consistait dans une inscription de l'acte translatif sur les registres tenus à cet effet par les greffiers des juridictions royales au greffe de la situation des immeubles et en outre à celui du domicile du donateur pour les actes à titre gratuit.

Pour les actes à titre onéreux, les notaires devaient l'opérer dans les quinze jours de l'acte, mais, par exception, si les immeubles se trouvaient hors du ressort du notaire, les parties devaient faire l'insi-

(1) Besson, *op. cit.*, page 71.

nuation elles-mêmes dans le délai de trois mois. Dans l'un et l'autre cas, le greffier ne transcrivait qu'un extrait de l'acte.

En ce qui concerne les donations, qui, elles, étaient transcrites en entier, les parties devaient requérir l'insinuation dans les quatre mois. Accomplie dans ce délai, elle rétroagissait au jour de l'acte, mais, après son expiration, elle ne produisait plus effet pour les intéressés qu'à sa date.

Les registres étaient publics. La sanction du défaut d'insinuation pour les transferts à titre gratuit était la nullité de l'acte, nullité qui pouvait être invoquée par toute personne ayant intérêt à s'en prévaloir. Certes, c'était là une précieuse garantie pour les tiers; toutefois cette garantie devenait bien fragile par suite de la rétroactivité de l'insinuation de la donation, et il est inutile d'insister sur les dangers auxquels se trouvaient exposés des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires, par suite d'une donation ayant moins de quatre mois de date au moment de leur contrat.

Quant aux actes à titre onéreux, nous avons dit plus haut que, sauf une amende (triple du droit) et l'impossibilité de les produire en justice, le défaut d'insinuation ne pouvait être invoqué par les tiers.

Parallèlement à l'insinuation, fonctionnait une autre institution : le contrôle des actes notariés, que l'édit de Blois de 1581 avait tenté d'établir, mais qui ne fut créé d'une manière générale et définitive que par l'édit de mars 1683. D'après son préambule, l'édit de 1581 avait pour but « de faire cesser les fraudes, procez, faulsetez, circonventions, dont plusieurs ont cy-devant usé à la ruine d'aucuns nos subjects, procédant les dits differens d'une infinité de faulsetez qui se seront commises, et se com-

mettent chacun jour par aucuns notaires et tabellions de notre royaume ès actes et contracts qu'ils passent et reçoivent » (1).

Pour faire cesser ces abus, l'édit décide, dans son article 1er, que tous contrats de vente, constitution de rente, baux de plus de neuf ans, etc..., et, en général, toute autre disposition soit entre vifs ou de dernière volonté, ne pourra faire acquérir aucun droit de propriété, d'hypothèque ou autre droit réel, s'il n'est enregistré dans les deux mois de sa date aux registres du contrôle ; on préfèrera entre deux contractants celui dont le titre a été enregistré le premier.

Le but véritable de l'institution était encore d'augmenter les ressources de l'État, d'une part en assurant la perception des droits dûs au trésor à raison de chaque aliénation, et, d'autre part, en créant un office de « contrerolleur des titres » (2).

Cet édit de 1581 peut être considéré comme l'origine de nos lois d'enregistrement (3).

(1) Jourdan, Decrusy et Isambert : *Recueil des anciennes Lois françaises*, XIV, page 493.

(2) « Il y va, dit l'Edit, de notre intérest et des seigneurs féodaux, justiciers et fonciers : d'autant que les contrats de venditions, aliénations et eschanges sont secrettement passez, qui ne viennent que bien tard à la cognoissance et sont de difficiles et longues perquisitions, estant besoin de rechercher tous les registres des notaires des villes et lieux, chose très difficile à descouvrir : *au moyen de quoy nous et eux sommes souvent frustrez des droits et profits de fief, quints et requints et autres devoirs seigneuriaux ;* ce qui n'adviendrait si tous lesdits contrats se trouvaient en un seul lieu et endroit ».

A l'article 7, le but fiscal est encore plus clairement indiqué : les deniers provenant du contrôle « seront employez tant à partie du paiement de gens de guerre, estant en nos garnisons es ville de frontière, et autre dépense pour le bien et conservation de notre Estat ».

(3) L'Edit de 1581 fut rapporté en 1588 ; Henri IV le rétablit en 1606, mais les Parlements le repoussèrent, sauf celui de Normandie.

Le contrôle ne permettait ni de connaître les hypothèques ou charges grevant les immeubles, ni de savoir quel en était le véritable propriétaire, d'abord parce que les registres n'étaient pas publics et ne pouvaient être communiqués qu'aux préposés de la Ferme et ensuite parce que les contrats pouvaient être contrôlés au lieu où ils avaient été passés, ou au lieu de la situation des biens, ce qui rendait les recherches à peu près impossibles. « En résumé, cette formalité n'avait d'autre avantage en dehors de son but fiscal, que de prévenir les antidates et d'assurer la certitude de la date des actes auxquels elle s'appliquait ; elle était étrangère à toute idée de publicité hypothécaire » (1).

B. — Edit de Colbert.

Nous avons réservé, afin de l'étudier dans un chapitre spécial, la tentative la plus intéressante et la plus consciencieuse qui ait été faite, durant tout l'ancien droit, pour organiser d'une façon pratique et avantageuse la publicité hypothécaire. Ce fut Colbert, en effet, qui, en 1673, fit une tentative pour généraliser le système adopté dans les provinces de nantissement et créer un régime qui assurât la publicité de l'hypothèque, non plus seulement au cas d'aliénation de l'immeuble, mais au moment même où le droit réel du créancier prend naissance et se constitue. Colbert, dont la sollicitude s'étendait à toutes les branches de l'administration, exprime dans le

Ce n'est qu'en 1693 que le contrôle fut définitivement établi. Certaines provinces en furent exemptes, telles que : l'Alsace, la Flandre, le Hainaut, le Cambrésis, l'Artois et la ville de Paris.

(1) Guillouard : *Privilèges et Hypothèques,* tome 1er, historique, page 30.

préambule de l'édit, en termes élevés et d'une façon saisissante, le but si louable qu'il poursuivait :

« L'amour paternel que nous avons pour nos sujets nous obligeant de pourvoir à leurs intérêts particuliers, et l'application que nous y avons apportée, nous ayant fait connaître que la conservation de leurs fortunes dépend principalement d'établir la sûreté dans les hypothèques et d'empêcher que les biens d'un débiteur solvable ne soient consumés en frais de justice, faute de pouvoir faire paraître sa solvabilité : nous n'avons pas trouvé de meilleur moyen que de rendre publiques toutes les hypothèques et de perfectionner par une disposition universelle, ce que quelques coutumes de notre royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements.

« C'est pourquoi nous avons résolu d'établir des greffes d'enregistrement dans lesquels ceux qui auront des hypothèques pourront former et faire enregistrer leurs oppositions ; et ce faisant, seront préférés à ceux qui auront négligé de le faire, et par ce moyen on pourra prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé ; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller, et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans les possessions pour les charges ou les hypothèques antérieures » (1).

L'édit établissait, dans les baillages et les sénéchaussées, des greffes nommés greffes des enregistrements ; là, sur un registre spécial, dont la tenue est réglementée avec soin, les hypothèques doivent

(1) Jourdan, Decrusy et Isambert : *Recueil des anciennes Lois françaises*, XIX, pages 73-74.

être enregistrées avec l'indication de la créance, les noms du créancier et du débiteur et la désignation du bien hypothéqué. Les effets de l'enregistrement ou opposition, c'est là le point capital de l'édit, sont ainsi déterminés à l'art. 21 : « Les créanciers, dont les oppositions auront été enregistrées, seront préférés sur les immeubles sur lesquels ils auront formé leurs oppositions, à tous autres créanciers non opposants quoique antérieurs et privilégiés ».

Un délai toutefois était indiqué pour faire les oppositions ou enregistrements des hypothèques, il était de quatre mois et si les hypothèques étaient inscrites dans ce délai, elles avaient effet du jour du titre constitutif ; passé le délai, elles n'avaient d'effet que du jour de l'enregistrement. La publicité des registres étant absolue, ils devaient être communiqués à tout intéressé et les greffiers en délivraient des extraits certifiés sous leur responsabilité.

Quelques hypothèques cependant étaient dispensées de cette formalité ; elles prenaient rang à la date de leur naissance sans aucune condition de publicité. C'étaient les hypothèques et privilèges du roi et des seigneurs féodaux ou censiers, l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur. Cette dispense n'était pour ces deux derniers que temporaire ; le mineur devait faire enregistrer son opposition dans l'année qui suivait sa majorité, la femme séparée de biens, dans les quatre mois de l'acte ou du jugement de séparation, la femme veuve, dans l'année de décès de son mari, sinon l'hypothèque ne prenait rang que du jour de l'enregistrement de l'opposition.

Cet édit de 1673 réalisait donc, dans des conditions très heureuses, plus heureuses même que le code, qui, après les lois du 9 messidor an III, et

du 11 brumaire an VII, y a fait de larges emprunts, le système de la publicité des hypothèques. « Si l'on peut critiquer, dit M. de Loynes, la rétroactivité de l'opposition enregistrée dans les quatre mois (1), on reconnaîtra la sagesse de la disposition qui limitait la durée de la dispense de publicité. Le Code n'a pas reproduit cette règle ; la loi du 23 mars 1855 l'a rétablie en partie (art. 8) » (2). L'édit consacrait la règle de la spécialité, car l'opposition devait préciser l'immeuble auquel elle s'appliquait, mais cette règle ne s'imposait pas dans la constitution même de l'hypothèque ; elle pouvait naître générale et demeurait générale ; la spécialisation n'était requise que pour la publicité. Bien entendu, si nous jugeons l'édit de Colbert avec les idées de notre temps, nous trouvons des défectuosités, des lacunes et même des contradictions ; mais il faut voir là surtout une œuvre qui réalisait d'un seul coup un énorme progrès sur l'état de choses antérieur ; elle étendait à toute la France, en matière hypothécaire, des institutions empruntées aux pays de nantissement et dont nous avons vu les excellents effets.

Cette réforme, quoique excellente, n'aboutit pas, l'édit fut révoqué dès 1674, non que le principe

(1) Colbert n'ignorait pas le danger auquel était exposé le prêteur qui se faisait consentir une hypothèque, il avait à craindre de se voir opposer une hypothèque antérieure née dans les quatre mois précédents et que rien ne pouvait lui révéler ; c'est pourquoi dans l'article 26 de l'Edit, il impose à ceux « qui alièneront les héritages, rentes foncières, etc., ou qui emprunteront des deniers par contrats et actes portant hypothèque, l'obligation, sous peine de stellionat, de déclarer les contrats et actes portant hypothèque, qu'ils auront passés dans les quatre mois précédents et pareillement les sentences portant hypothèque sur leurs biens, signifiées ou rendues contradictoirement à l'audience dans le même temps ».

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes : Du Nantissement, des privilèges et hypothèques, tome I. Introduction de M. de Loynes, p. xxv.

même de la publicité des hypothèques fût contesté, mais uniquement à raison des difficultés d'application qu'il présentait. Les termes de l'édit d'avril 1674 ne laissent aucun doute à cet égard. « Mais quoique nos sujets pussent recevoir de très considérables avantages de son exécution ; néanmoins, comme il arrive ordinairement que les réglemens les plus utiles ont leurs difficultés dans leurs premiers établissemens et qu'il s'en rencontre dans celui-ci, qui ne peuvent être surmontées dans un temps où nous sommes obligés de donner notre application principale aux affaires de la guerre, nous avons résolu de le révoquer et de faire expédier nos lettres à ce nécessaires ».

Ces difficultés d'exécution n'étaient qu'un vain prétexte, nous empruntons à M. Lemontey les sévères réflexions que lui ont inspiré cette révocation : « Si M. Turgot eût proposé une loi semblable (à l'édit de 1673), les courtisans de Louis XVI auraient pu en souffrir, mais une sorte de pudeur publique aurait retenu leurs plaintes. Les choses se passèrent autrement sous Louis XIV. Le déchaînement fut hardi et général. On s'écria que l'amour-propre des grands aurait trop à souffrir en révélant la situation de leur fortune, que le lustre des familles reposait sur une obscurité vénérable et qu'enfin la noblesse, comme le trône, subsistait d'illusions. Après treize mois d'une lutte impudente, la cause de la probité fut perdue et l'édit révoqué » (1).

Si la noblesse arriva à faire révoquer l'édit, elle fut fortement aidée dans cette tâche par les Parlements (2). Cet état d'âme subsistait encore dans la

(1) Lemontey : *Histoire de la monarchie de Louis XIV*, tome IV, page 208.

(2) V. Testament politique de Colbert, chap. 12, p. 351 (édit. 1693).

magistrature au siècle suivant, et, lorsque le chancelier d'Aguesseau, qui cependant était un esprit avancé, combattit un projet d'établissement de conservateur des hypothèques, il s'appuya en effet sur les mêmes raisons qui avaient inspiré l'édit de révocatian de 1674 (1).

C. — Décrets volontaires et lettres de ratification.

Si la publicité des transferts était illusoire, l'organisation du régime hypothécaire était aussi défectueuse. Généralité et occultanéité, tels semblaient en être les principes directeurs.

Non seulement notre ancien droit admettait l'hypothèque tacite du mineur et de la femme mariée, ainsi que l'hypothèque judiciaire (2), mais encore tout acte notarié contenant obligation de somme

(1) « On dira peut-être, écrivait-il, que d'un autre côté c'est un grand inconvénient de laisser les créanciers exposés à la mauvaise foi et à la surprise de leurs débiteurs ; que s'il est utile aux derniers de cacher l'état de leur fortune, il est avantageux aux premiers de la connaître ; et qu'après tout les créanciers étant plus favorables que les débiteurs, leur intérêt doit faire pencher de leur côté la balance du législateur.

« C'est sans doute tout ce que l'on peut dire pour soutenir la loi qu'on propose de faire ; mais quand on y aura fait une sérieuse réflexion, il y a lieu d'espérer que l'on reconnaîtra ce défaut de raisonnement et que l'on sentira qu'*il y a des maux qu'il faut laisser dans l'ordre politique, comme dans l'ordre naturel, parce que les remèdes seraient plus fâcheux que les maux mêmes ;* que c'est aux particuliers à reconnaître avec qui ils traitent et à prendre les sûretés nécessaires pour n'être pas trompés dans les engagemens qu'ils contractent, mais que c'est porter trop loin la prévoyance de la loi, que vouloir qu'elle prévienne tous les inconveniens particuliers ; ce qu'elle ne pourrait faire que par des reglemens generaux dont les conséquences seraient plus dangereuses que les inconveniens auxquels on voudrait remédier » (D'Aguesseau, *Œuvres*, T. xiii, p. 620).

(2) L'hypothèque judiciaire n'apparaît guère qu'avec le développement des actes sous seing privés au xiv^e^ siècle. L'ordonnance de Villers-Cotterets, de 1539, donne l'hypothèque judiciaire pour les jugements de reconnaissance et de vérification d'écriture (art. 92 et 93). C'est l'ordonnance de Moulins, de 1566, qui complète l'institution en accordant, par l'art. 53, le bénéfice à tout jugement de condamnation.

d'argent entraînait, sans aucune stipulation, l'hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

« Les seules hypothèques légales, dit M. Besson, qui fussent spécialisées quant aux immeubles étaient : celle du roi sur les biens dont ses comptables avaient la propriété au jour de leur entrée en fonctions, celle des copartageants sur les biens compris dans le partage, celle du légataire sur les biens de la succession, du vendeur sur l'immeuble aliéné et des ouvriers sur les constructions par eux édifiées » (1).

Un seul progrès fut réalisé, sinon pour donner aux hypothèques cette publicité sans laquelle elles ne doivent pas exister, du moins pour assurer aux tiers acquéreurs qu'ils ne seraient pas évincés par des créanciers hypothécaires dont ils auraient ignoré l'existence. Ce moyen fut la procédure de *décret volontaire* qui se changea au XVIII^e^ siècle en celle des *lettres de ratification.*

« Décret d'adjudication, dit Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique,* est le jugement qui autorise la vente qui se fait en justice au plus offrant et dernier enchérisseur d'un héritage saisi réellement », le décret dans cette procédure purgeait l'immeuble des hypothèques et autres charges qui le grevaient (2).

Frappé par la sécurité que donnait cette procédure

(1) Besson, *op. cit.*, page 74.

(2) Seront forclos, tous ceux qui se diront avoir droit, rentes, ou autres devoirs sur la chose adjugée, qui ne se seront opposés ; et en sera baillé possession audit acheteur, par autorité de la Cour *(Cout. de Poitou*, art. 444).

Loisel s'exprime encore plus brièvement en disant : « Un décret nettoie toutes hypothèques et droits, fors les censuels et feudaux » *(Institutes Coutum.*, Liv. VI, Titre v, Sentence 15).

à l'acquéreur, le législateur imagina de feindre dans les ventes volontaires une procédure de saisie à la suite de laquelle les hypothèques seraient purgées. Pour cela, l'acquéreur de l'immeuble créé une dette imaginaire au profit d'un ami qui en donne une contre lettre. L'ami fait un commandement pour payer et, sur le refus, saisit l'immeuble et poursuit la vente forcée ; les créanciers hypothécaires, s'il y en a, font valoir leurs droits en temps utile et la propriété se trouve purgée, mais purgée seulement des privilèges et hypothèques. Si cette procédure offrait quelques avantages, ils étaient chèrement payés ; les formalités en étaient longues, embarrassées et coûteuses, et l'édit de 1771, que nous allons maintenant étudier, n'exagérait en rien, lorsque dans son préambule il disait : « Une quantité de petits objets et immeubles réels et fictifs ne peuvent être acquis avec solidité parce que les frais du plus simple décret volontaire en absorberaient le prix et au-delà ; en sorte que ces immeubles restent souvent abandonnés et sans culture par l'impuissance dans laquelle se trouvent les propriétaires de les cultiver et les obstacles que craignent ceux qui pourraient les acquérir ».

C'est pour ces motifs que l'édit de juin 1771 substitua au décret volontaire les lettres de ratification. Voici en quoi consistait la formalité : l'acquéreur déposait son contrat d'acquisition au greffe du baillage ou de la sénéchaussée, dans le ressort duquel étaient situés les biens vendus. Un extrait de ce contrat était affiché pendant deux mois dans un tableau spécial placé dans l'auditoire du tribunal. Les créanciers, prétendant privilège ou hypothèque sur le bien aliéné, étaient mis en demeure de faire, au plus tard dans ce délai de deux mois, opposition

entre les mains du conservateur des hypothèques (1) du domicile du propriétaire. A l'expiration de ce délai, les lettres de ratification étaient présentées au sceau par le conservateur, qui constatait sur le repli l'absence de toute opposition ou qui y mentionnait les oppositions par lui reçues. Dans ce premier cas, les lettres de ratification étaient scellées purement et simplement, dans le second elles ne l'étaient qu'à la charge des oppositions et un ordre était ouvert.

Si cette procédure était moins compliquée et un peu moins coûteuse que celle du décret volontaire, elle ne procurait guère plus de sécurité. Les tiers acquéreurs étaient bien à l'abri de toute éviction résultant de l'action hypothécaire, mais, pas plus dans la procédure du décret volontaire que dans celle des lettres de ratification, ils n'étaient protégés contre toutes les causes d'éviction et de résolution résultat d'une aliénation antérieure, ou en général, du défaut de droit du vendeur.

L'article 17 de l'édit de 1771 était formel sur ce point : « Sans que, néanmoins, les lettres de ratification puissent donner aux acquéreurs, relativement à la propriété, plus de droits qu'en auront les vendeurs, l'effet desdites lettres étant restreint à purger les privilèges et hypothèques seulement ».

Si les tiers acquéreurs voyaient leurs intérêts en partie sauvegardés, les créanciers hypothécaires, eux, ne jouissaient d'aucune protection. L'obligation de former opposition était, pourrait-on croire, un moyen pour les prêteurs de se renseigner sur la situation hypothécaire de leurs futurs débiteurs. « Mais il ne faut pas oublier, dit M. Besson, que l'effet de l'opposition rétroagissait jusqu'au jour où

(1) Ils étaient créés par cet édit.

l'hypothèque avait pris naissance ; le rang des créanciers se réglait, non par la date des oppositions, mais par celle des contrats hypothécaires qui n'étaient soumis à aucune condition de publicité » (1). Rien ne permettait donc de se prémunir contre des surprises résultant d'hypothèques déjà consenties, mais non encore publiées.

L'édit de 1771 n'était, en d'autres termes, qu'une coûteuse procédure de purge. Confirmé par une déclaration interprétative du 23 juin 1772, il abrogeait l'usage du nantissement en matière hypothécaire, dans les coutumes où régnait cet usage, sauf cependant dans le ressort du Parlement de Flandre qui refusa de l'enregistrer.

SECTION IV.

Lois de la Révolution.

A la fin du XVIII^e^ siècle, différents systèmes de publicité, venons-nous de voir, se partageaient le territoire de la France, un seul essai de synthèse et de sélection avait été, mais en vain, tenté par Colbert ; c'était à la Révolution que devait être dévolu le soin de tirer de ce chaos législatif, qui renfermait cependant les éléments constitutifs de la publicité moderne, une réforme générale que réclamaient si instamment les intérêts des propriétaires fonciers.

L'Assemblée Constituante n'eut cependant pas le loisir d'opérer la réforme du régime hypothécaire. Elle se borna à édicter les dispositions indispensables pour mettre les lois en harmonie soit avec l'abolition du régime féodal, soit avec les nouvelles

(1) Besson, *op. cit.*, p. 77.

institutions qu'elle avait créées. Ainsi un décret des 6-7 septembre 1790, en supprimant les anciens offices et tribunaux, annexa aux tribunaux de district les chancelleries établies par l'édit de 1771 pour sceller les lettres de ratification. Un décret des 17, 19 et 20 septembre 1790 abolit d'une façon générale toutes les formalités tenant au nantissement féodal ou censuel, et y substitua la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque par les greffiers des tribunaux de district de la situation des biens, sur des registres qu'ils seraient tenus de communiquer sans frais aux requérants (art. 4). C'est l'apparition dans notre droit français de la transcription qui va plus tard être généralisée, au moins pour les mutations de propriété à titre onéreux, et présenter pour toute la France des avantages analogues à ceux qu'offrait le nantissement dans les coutumes où il était admis.

Le système de publicité par la transcription n'étendait pas son action au-delà du territoire des pays de nantissement (art. 3 du décret).

Dans tout le reste de la France, on laissa subsister les formes de publicité établies par les édits, et l'insinuation continua à être exigée comme mesure de publicité pour les donations. (V. Besson, *op. cit.*, p. 85). L'Assemblée Constituante, accablée de travaux pressants, renvoya à l'Assemblée Législative l'examen des projets de réforme hypothécaire dont elle était saisie. Cette dernière confia ce soin à l'un de ses comités. Un rapport lui fut présenté, mais elle se sépara sans en avoir discuté les conclusions.

A. — Décrets de messidor an III.

Il appartenait à la Convention de poser les bases d'un nouveau régime foncier et hypothécaire par

les deux célèbres lois du 9 messidor an III, relatives, l'une, à l'organisation hypothécaire, l'autre, à la forme des déclarations foncières. Deux idées fondamentales avaient guidé le législateur dans la rédaction de cette sorte de code hypothécaire, idées intimement liées l'une à l'autre : d'une part, publicité aussi complète que possible des droits réels immobiliers, et, d'autre part, grâce à cette publicité, mobilisation du crédit foncier.

La base de la publicité est la déclaration foncière que tout propriétaire, désirant transmettre ou constituer un droit réel sur ses immeubles, doit faire, préalablement et à peine de nullité à la conservation des hypothèques dont ses biens dépendent, déclaration qui individualisera l'immeuble et permettra de le reconnaître dans toutes les mains où il passera.

Les formes en sont minutieusement réglées. Elle doit être rédigée en triple expédition et certifiée par un notaire (art. 21 et 22), deux de ces expéditions sont déposées et enregistrées, l'une au bureau des hypothèques, l'autre au greffe de la commune de la situation des biens ; la troisième, scellée du conservateur et du greffier de la commune, reste entre les mains du propriétaire. La déclaration contient, aux termes de l'art. 115 : 1° les noms, prénoms, âge et lieu de naissance, profession et domicile du propriétaire ; 2° la description de chacun de ses biens territoriaux, en situation, nature ou genre d'exploitation et destination, quantité superficielle..., confins ou limites par aspects solaires. Le tout par autant d'articles séparés, sans que plusieurs pièces qui ne seraient pas parfaitement contiguës, puissent entrer dans un même article, ni dans une description commune ; 3° la valeur de chacun des biens, tant en

revenu net annuel qu'en capital au prix vénal séparément pour chaque article... ; 4° l'origine de la propriété de chacun des biens déclarés, dans la main du propriétaire actuel, avec l'indice et la date du titre matériel d'où elle résulte, en remontant jusqu'à la déclaration foncière précédente ; 5° le prix moyennant lequel il est devenu propriétaire ».

C'était là, en somme, à peu de choses près, l'immatriculation que nous verrons dans le système allemand et dans le système australien, bref une publicité réelle au sens le plus large du mot.

Une fois la déclaration faite, le propriétaire peut, ou aliéner son immeuble, ou constituer sur lui des hypothèques ou autres droits réels, mais les résultats de la déclaration foncière n'étaient pas les mêmes dans l'un et l'autre cas.

S'il s'agissait d'une aliénation, pour devenir propriétaire, l'acquéreur devait déposer à chaque bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens étaient situés, une expédition du contrat dans le mois de sa date. Mais, chose curieuse, ce dépôt du contrat n'avait pas pour effet de consolider le titre de l'acquéreur envers et contre tous, il arrêtait simplement le cours des inscriptions du chef de l'aliénateur, et, à part ce léger avantage, l'acquéreur n'avait pas plus de droits que son auteur et restait exposé à toutes les causes de résolution et d'éviction. Si peu efficace était la transcription comme mesure de consolidation de la propriété, qu'elle n'assurait même pas à l'acquéreur la priorité à l'encontre de l'acheteur premier en date qui s'est abstenu de transcrire. (Cassation, Chambre civile, 28 juin 1816).

La situation changeait du tout au tout s'il s'agissait d'une constitution d'hypothèques. Le décret de

messidor supprimait l'hypothèque tacite ou légale de notre ancien droit, et n'admettait que deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque volontaire, qui ne résultait pas, comme l'hypothèque conventionnelle de notre Code, d'une stipulation formelle, mais était la conséquence de toute obligation volontairement contractée par acte public, et l'hypothèque forcée ou résultant des jugements de condamnation ou de reconnaissance d'écriture. Pour les unes comme pour les autres la publicité est exigée. « Il n'y a d'hypothèques, dit l'article 3, que celles résultant d'actes authentiques inscrits dans les registres publics ouverts à tous les citoyens » (1).

Pour les créanciers ou les porteurs de cédules, le propriétaire désigné comme tel dans la déclaration foncière déposée à la conservation, demeurait toujours le véritable propriétaire (art. 92 à 96). Jamais une demande en révocation ne pouvait porter atteinte aux droits hypothécaires constitués avant sa propre inscription : le revendiquant ne conservait qu'une action personnelle en indemnité ; c'était là, et sur un point spécial, l'application de la théorie qu'appliquent plusieurs législations modernes : la foi due aux registres publics. On explique communément cette différence de protection qui existait entre les acquéreurs de la propriété foncière et les prêteurs sur hypothèque, par l'impérieux désir qu'avait

(1) Il y avait un bureau de conservation des hypothèques dans chaque district, subdivisé en autant de sections qu'il existait de bureaux d'enregistrement cantonaux dans le district. Les mentions des différents registres tenus par le conservateur pour recevoir les déclarations foncières, les procès-verbaux d'expertise, les actes translatifs de propriété, les inscriptions hypothécaires, etc., étaient centralisées sur un registre dit *livre de raison* suivi d'une table alphabétique. La forme et la tenue des registres étaient réglées dans le chap. VIII du Code hypoth. (art. 223 à 228).

la Convention, après la désastreuse expérience des assignats, de raffermir le crédit, de ramener la confiance des capitaux vers les placements immobiliers; elle avait négligé tout ce qui ne tendait pas directement à ce résultat.

On vient de le voir, le principe de la publicité était désormais fondé, mais il ne l'était encore que sur des bases incomplètes et recevait dans deux dispositions du décret une double et grave atteinte :

L'article 16 proclamait bien le principe de la spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie, mais ne consacrait pas celui de la spécialité du gage hypothécaire qui, cependant, est fondamental. L'hypothèque volontaire ou judiciaire, en effet, est générale ; elle frappe les immeubles présents et à venir du débiteur et même ceux de ses héritiers purs et simples, s'ils sont situés dans l'arrondissement où l'inscription a été prise (art. 27), sauf faculté au cas d'excès de la faire réduire. L'édit de 1673, dont s'étaient inspirés les rédacteurs du décret, avait essayé, avons-nous vu, de corriger la généralité de l'hypothèque par la spécialisation de l'opposition ; la loi de messidor n'admet même pas ce léger tempérament.

En second lieu, et toujours sous l'influence des théories de l'ancien droit et de l'édit de 1673, l'hypothèque ne prend pas rang d'une manière invariable du jour de son inscription, mais, lorsque l'inscription est prise, dans le mois de la convention ou du jugement donnant naissance à l'hypothèque ; elle rétroagit au jour de l'obligation ou de la décision judiciaire (art. 22). Nous avons déjà dit, à propos de l'édit de 1673, que cette disposition est en contradiction avec la règle de la publicité et en paralyse les effets bienfaisants.

La partie vraiment originale de la loi de messidor, et sur laquelle l'attention publique a été attirée ces dernières années, consiste dans la création des *cédules hypothécaires*, dans cette institution que le législateur appelle *hypothèque sur soi-même.*

Toute personne, propriétaire de biens susceptibles d'hypothèques, peut se faire délivrer sur elle-même, pour une durée n'excédant pas dix années, des cédules hypothécaires, jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur des biens désignés dans la cédule (déduction faite des hypothèques antérieurement inscrites). A cet effet, elle fait au bureau du conservateur des hypothèques la déclaration foncière de ses biens, dans les termes et avec les formalités que nous avons indiquées ci-dessus. Après examen des titres et contrôle de la déclaration de valeur, le conservateur délivre les cédules qui ne sont pas productives d'intérêt; elles ne peuvent pas être au porteur et sont transmissibles par voie d'endossement à ordre, sans qu'il puisse y avoir de recours en garantie d'un endossement à l'autre, si ce n'est en cas de faux. Le conservateur qui les délivre est garant de la valeur en capital des biens désignés dans la cédule et du montant des créances hypothécaires antérieures. Si le conservateur et le propriétaire ne sont pas d'accord sur la fixation de cette valeur, il sera procédé à une expertise dont le décret règle les formes.

Sans entrer plus loin dans l'examen de cette partie du décret de messidor, nous dirons que ce système nouveau, considéré comme instrument de mobilisation du crédit, n'était pas suffisamment pondéré et, comme dans tout système nouveau, les vices d'organisation y abondaient. Mais, ce qui était plus grave, la loi était loin de garantir contre toute éventualité la solidité des cédules, et si le porteur était formel-

lement protégé contre toute action en revendication, il s'en manquait de beaucoup qu'il le fût contre la dépréciation de son gage. Expertise, responsabilité personnelle du conservateur étaient des mesures dont l'effet pratique était illusoire en 1795, au milieu de la crise économique causée par le bouleversement social et à une époque où les assignats, malgré la solidité apparente de leur garantie, subissaient une dépréciation de 95 % de leur valeur nominale.

Le décret de messidor an III arrivait donc à une heure inopportune. Comme toute œuvre de législation, cette loi avait ses qualités et ses défauts, et si elle avait l'incontestable mérite d'avoir compris et réalisé dans une large mesure la publicité du régime hypothécaire, elle avait d'autre part le tort fâcheux de ne s'être pas occupée des acquéreurs de la propriété ou des servitudes, en un mot d'avoir négligé la publicité, cependant indispensable, des transmissions foncières. Mais, et c'est là le point curieux, on rencontre dans cette loi un certain nombre d'idées, de principes, dont quelques législations étrangères se sont si heureusement servies et dont on réclame ardemment aujourd'hui l'application chez nous. « La mobilisation du sol, l'immatriculation, la force probante des énonciations du livre foncier, tout cela n'était-il pas en germes dans les cédules hypothécaires, dans les déclarations foncières, dans le droit, pour les créanciers du propriétaire apparent, de faire valoir leur hypothèque, même à l'encontre du véritable propriétaire triomphant dans l'action en revendication? »

Longtemps on avait cru, en se basant sur un arrêt de la Cour de cassation de 1807 (1), que l'exécution

(1) Falcimaigne : De la publicité des hypothèques, Thèse, p. 155.

de la loi de messidor avait été à diverses reprises ajournée par le législateur qui estimait nécessaire d'en remanier quelques dispositions, et que ces ajournement successifs avaient duré jusqu'à l'application de la loi du 11 brumaire an VII (1). « Un préjugé très généralement répandu, dit M. Challamel, et que nous-même avons partagé longtemps, est que le décret de messidor an III n'ait jamais reçu d'exécution. Le contraire a été prouvé par M. Georges Rondel, dans l'ouvrage très intéressant qu'il a publié en 1888 sur la *mobilisation du sol*. Plus récemment encore, notre honorable collègue, M. Flour de Saint-Genis (2), a eu la bonne fortune de retrouver dans les archives du premier bureau des hypothèques de la Seine une série de vingt volumes ayant servi à l'accomplissement des formalités hypothécaires du 17 frimaire an VI au 9 germinal an VII; il y a constaté l'existence de 8,827 articles passés en conformité de la nouvelle loi » (3).

Il est donc démontré que la loi fut appliquée et que, sauf peut-être en ce qui concerne les cédules hypothécaires très discutées, quoique entrées dans la pratique, elle eut la faveur du public (4).

— Baudry-Lacantinerie et De Loynes : Privilèges et hypothèques, 1re édition, préface p. xxviii. — Challamel : De la cession des créances hypothécaires, p. 72. — Besson, *op. cit.*, p. 92.

(1) Req., 26 janvier 1807, Sirey, 7, I, 207.

(2) Flour de Saint-Genis : Les vieilles archives d'un bureau d'hypothèques à Paris, *Annales de l'enregistrement*, 3e série, année 1893.

(3) Challamel : Rapport sur le Crédit hypothécaire, Procès-verbaux de la commission extra-parlementaire du cadastre, fasc. III, p. 519.

(4) En ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, 2e édition, préface p. xxx. — Guillouard : Traité des privilèges et hypothèques historiques, p. 46, — et surtout Ferron, *op. cit.*, p. 113 et suivantes.

B. — Loi du 11 brumaire an VII.

Effrayé sans doute par la hardiesse de l'innovation de l'hypothèque sur soi-même, instruit par la dépréciation croissante des assignats, enfin et surtout désireux de restaurer sur des bases solides et qui avaient fait leurs preuves, le crédit foncier, Crassous de l'Hérault déposa le 27 pluviôse an VI un projet de loi précédé d'un long rapport; il fut adopté le 16 germinal an VII par le Conseil des Cinq-Cents et converti en loi par le Conseil des Anciens le 11 brumaire an VII.

Cette loi fut l'extension à la France entière de la publicité organisée dans les pays de nantissement par la Constituante; origine directe de la loi du 23 mars 1855, son étude présente une importance capitale. Deux principes en forment toute l'économie : publicité des transferts par la transcription intégrale du contrat, publicité des hypothèques par l'inscription ou reproduction d'un bordereau analytique.

Le premier principe est exposé en ces termes dans l'art. 26 : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque, doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente ». La transcription n'est donc nullement nécessaire pour que le contrat ait son effet à l'égard des parties, la tradition suffit; mais à l'égard des tiers elle est indispensable et jusqu'à son accomplissement, l'aliénateur reste, pour ces derniers, propriétaire de l'immeuble vendu. D'où cette consé-

quence, déjà signalée à propos des coutumes de nantissement : dans le cas où deux acquéreurs prétendent concurremment à la propriété du même immeuble, celui-là a la préférence dont le titre d'acquisition, même postérieur en date, a été transcrit le premier.

C'était la proclamation, pour la première fois, de la distinction toute française entre la transmission *inter partes* et la transmission à l'égard des tiers. Mais si la transcription avertit les tiers de l'existence du titre translatif et lui assure un rang de priorité, son rôle ne va pas plus loin, elle n'ajoute rien à la valeur de ce titre : après comme avant l'accomplissement de cette formalité, l'acquéreur n'a pas plus de droits que son auteur; si le droit de celui-ci était annulable ou résoluble, celui-là n'aura également qu'un droit annulable ou résoluble.

Le second principe de la loi qui est celui de la publicité des hypothèques est renfermé dans son article 2 : « L'hypothèque ne prend rang et les privilèges sur les immeubles *n'ont d'effet que par leur inscription dans les registres à ce destinés* ». Dans son article 3, la loi décidait que l'hypothèque existe : 1° Pour les créances constatées par acte notarié ; 2° Pour celles résultant d'une condamnation judiciaire ; 3° Pour celles résultant d'un acte privé dont la signature aura été reconnue ou déclarée telle par jugement ; 4° Pour celles auxquelles la loi donne le droit d'hypothèque.

Ces hypothèques légales, que la loi venait de rétablir, étaient générales; l'efficacité de ces diverses sortes d'hypothèques, soit à l'égard des tiers acquéreurs, soit à l'égard des autres créanciers, dépendait

donc rigoureusement de cette formalité de publicité : l'inscription (1).

« Les créances hypothécaires de tout genre et de toutes personnes, disait Crassous, doivent être soumises à l'inscription. Les droits de la nation, ceux des mineurs, des épouses, des absents doivent y être assujettis. Le règlement de la publicité doit être absolu et général, ou il est inutile. Que l'on mette une exception, la certitude du juge est détruite, le principe moral de la publicité ne donne plus de résultat. Dispenser les femmes et les mineurs de l'inscription, ce serait violer la maxime constitutionnelle que la loi est égale pour tous ». L'inscription ne frappe donc plus que les biens appartenant au débiteur lors de la stipulation, c'est-à-dire ses biens présents ; mais pour les hypothèques légales « le créancier peut encore, par des inscriptions ultérieures, sans préjudice de celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque sur les biens qui écherraient à son débiteur ou qu'il acquerrait par la suite (art. 4).

Les rédacteurs de la loi de brumaire avaient compris que la publicité ne pouvait être complète que si on lui donnait comme corollaire le principe de la spécialité. La spécialité était requise, d'une part quant au gage hypothécaire : une inscription est nécessaire pour chacun des arrondissements où les immeubles sont situés, et, d'autre part, quant au

(1) Cette inscription analytique, dont la teneur est fournie au conservateur des hypothèques de la situation des biens par les deux bordereaux que lui présente le créancier, doit contenir les noms, prénoms, profession et domicile des parties, la date du titre ou l'époque à laquelle l'hypothèque a pris naissance, le montant des sommes garanties et l'indication de l'espèce et de la situation des biens grevés (art. 17) ; sur ce point notre Code est une exacte reproduction de la loi de brumaire.

chiffre de la créance garantie. Cette règle de la spécialité comportait une double exception en faveur des hypothèques et légales et judiciaires. On n'exigeait pas pour ces dernières l'indication spéciale et détaillée des immeubles sur lesquelles elles sont requises, afin que l'ignorance du créancier ne compromît point la sûreté que la loi a jugé indispensable de lui accorder (art. 17) et en second lieu, aux termes de l'art. 21, le chiffre des créances garanties par l'hypothèque légale de l'Etat, des mineurs, des interdits et des femmes mariées, n'avait pas besoin d'être indiqué dans l'inscription, puisqu'il s'agissait de droits non encore déterminés et dont toute évaluation serait arbitraire et manquerait de base.

La loi ne dispensait de l'inscription que certains privilèges qui rappellent assez exactement les priviléges de l'art. 2101 de notre Code, et qui, d'ailleurs, ne s'exercent sur les immeubles que subsidiairement et en cas d'insuffisance de mobilier (art. 11).

Dans ses articles 30 à 36, la loi de brumaire organisait un système de purge inspiré des anciens édits sur le décret volontaire et les lettres de ratification, et présentant une sensible analogie avec celle du Code civil.

Les articles 51 à 54 posent les règles touchant la publicité des registres et la responsabilité des conservateurs. Ces principes ont également passé dans notre Code où nous les retrouverons.

Il faut enfin signaler la loi du 21 ventose an VII, organisant, sur des bases qui n'ont pas changé, la conservation des hypothèques. Elle était remise à la régie de l'Enregistrement qui devait la confier à un préposé dans chaque arrondissement judiciaire.

Cette loi, qui nous régit encore, détermine exacte-

ment la compétence des agents, les cautionnements qu'ils doivent fournir, les mesures à prendre en cas de vacances des bureaux, les détails de manutention, les dispositions fiscales, et enfin le traitement des préposés. Le point le plus important, et qui nous intéresse spécialement, c'est que, tandis que le décret de messidor an III organisait la publicité des inscriptions hypothécaires et des mutations de propriété par feuillet réel ou feuille foncière renfermant la déclaration du propriétaire et l'indication des charges qui grèvent le bien, la nouvelle loi, au contraire, l'organise en prenant pour base la personne des propriétaires, et c'est sur telle ou telle personne que le conservateur délivre les certificats d'inscription hypothécaire ou de transmission de propriété des biens immeubles. Nous verrons plus loin les inconvénients d'un tel système. Il importe toutefois de constater, à la décharge du législateur de l'an VII, que le cadastre n'existait pas à cette époque, « et qu'à défaut de cette base, la publicité réelle par feuille foncière n'aurait pu être organisée qu'approximativement et par des procédés empiriques » (1).

Le Code de messidor, avec ses imperfections et surtout ses hardiesses, heurtait trop les opinions généralement reçues ; il venait à une heure inopportune. La loi de brumaire fut une œuvre de transaction ; elle ne présentait aucune idée nouvelle et ne faisait que généraliser un système qui avait fait ses preuves dans les pays de nantissement ; système précieux pour le crédit, puisqu'il mettait les acquéreurs et leurs ayants cause à l'abri du danger le plus menaçant pour leur sécurité, celui des reventes clandestines, et faisait, grâce à ses registres, le jour

(1) Besson, *op. cit.*, p. 97.

le plus complet sur l'état de la propriété, mais, malheureusement, de la propriété apparente seulement. — Ce régime timoré était appelé forcément à jouir durant ce siècle d'une grande popularité parmi les jurisconsultes. Les rédacteurs du Code civil, le législateur de 1855 y ont puisé à pleines mains, c'est pourquoi nous jugeons inutile de mentionner les critiques que nous aurions à lui adresser soit au point de vue de la sphère d'application, soit au point de vue des effets de la transcription, puisque nous les retrouverons plus loin.

SECTION V.

Code Civil.

Les rédacteurs du Code civil, sur la question de publicité des droits réels, comme sur bien d'autres, n'avaient pas à produire une œuvre nouvelle. L'étude du passé leur présentait deux systèmes diamétralement opposés, leur mission ne consistait guère qu'à faire un choix entre l'un et l'autre.

D'une part, les lois romaines, et à leur suite la presque unanimité des coutumes nationales, formaient de graves autorités en faveur du principe de la clandestinité. L'appropriance de Bretagne et les coutumes de nantissement étaient trop peu nombreuses pour protester contre ce consentement à peu près universel.

D'autre part, ce système de clandestinité semblait à l'époque de la rédaction du Code depuis longtemps abandonné. Les deux lois importantes que nous

venons d'étudier et les remarquables travaux qui les avaient précédées, les besoins du crédit violemment ébranlé à la sortie d'une période de troubles, enfin la sympathie qui s'attache toujours à la dernière expression du progrès, telles étaient les raisons qui militaient en faveur du principe de la publicité. Ainsi, retour à la législation du passé ou au contraire consécration officielle et durable des innovations introduites par les lois de l'époque intermédiaire, entre ces deux termes devaient s'agiter les délibérations des rédacteurs du Code.

La commission chargée de préparer le Code avait pris résolument parti pour le système ancien, n'assurant en aucune manière la publicité et revenant purement et simplement à l'édit de 1771 qu'elle améliorait en quelques points seulement. Mais il y avait au sein même de la commission et surtout dans la section de législation du Conseil d'Etat de chauds partisans du système de brumaire qui firent, comme nous allons le voir, tous leurs efforts pour aboutir au triomphe de leurs idées.

La première rencontre des deux partis eut lieu lors de la discussion du titre des donations. Les donations étaient en effet soumises à deux modes de publicité à cette époque : d'une part, l'antique insinuation pour les donations de biens meubles ou immeubles et d'autre part la transcription qui, depuis la loi de brumaire, était obligatoire pour toute transmission de la propriété foncière.

Ces deux formalités, avons-nous dit précédemment, n'ont ni le même caractère, ni la même destination. Aussi Bigot-Préameneu et Tronchet demandèrent le maintien de l'insinuation, d'abord, parce que les effets de cette institution sont plus étendus et plus avantageux que ceux de la transcription et ensuite

parce qu'en agissant ainsi on conservait, disait Bigot-Préameneu, « la plus entière liberté par rapport à la loi du 11 brumaire an VII ». On ne savait pas encore à ce moment, en effet, si on conserverait les dispositions de cette loi : Jollivet et Treillard combattirent la proposition et eurent gain de cause ; le Conseil d'Etat décida que la transcription suffisait pleinement : « Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation, qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés (art. 939 C. civ.). — La même règle fut étendue aux substitutions permises (art. 1070 C. civ.).

L'obligation législative de la transcription des actes à titre gratuit laissait supposer qu'il en serait de même, et à plus forte raison, pour les actes à titre onéreux. C'était logique et nécessaire, car l'intérêt des tiers existe dans un cas aussi bien que dans l'autre. Mais ce n'était pas ce qui se produisit ; quand les rédacteurs arrivèrent aux effets des contrats à titre onéreux, ils rédigèrent l'art. 38 du projet de cette façon : « Dès l'instant que le propriétaire a contracté, par un acte authentique, l'obligation de donner ou de livrer un immeuble, il en est exproprié, l'immeuble ne peut plus être saisi sur lui par ses créanciers, l'aliénation qu'il en fait postérieurement est nulle et la tradition qu'il en avait pu faire ne donne aucune préférence à celui-ci, lequel est obligé de restituer l'immeuble à celui dont le titre est antérieur, sauf le recours du second acquéreur contre le vendeur, ainsi qu'il est dit au titre du contrat de vente ». Cet article était la consécration du principe que la propriété est transférée par le simple effet du

consentement, indépendamment de toute tradition, à l'égard des parties et à l'égard des tiers ; c'était en un mot, l'abandon complet du système de brumaire an VII. Effrayée sans doute par les vives critiques que souleva une telle proposition, la section de législation, lors de la discussion devant le Conseil d'Etat, présenta un art. 37 (Liv. III, titr. III, chap. II) ainsi conçu : « Les effets de l'obligation de donner ou livrer un immeuble sont réglés au titre du contrat de vente et des privilèges et hypothèques ». C'était reculer cette question dont la solution paraissait si difficile à trouver.

Si nous nous reportons au titre de la vente, nous trouvons dans le projet de la commission un art. 2 (Titre XI) ainsi rédigé : « elle (la vente) est accomplie dès qu'on est convenu de la chose et du prix ». Critiqué sans doute comme l'art. 38, il fut présenté et voté en ces termes par le Conseil d'Etat :

« Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès que l'on est convenu de la chose et du prix ». Ce n'était là qu'une répétition des art. 711 et 1138 ; la question des effets de la transmission à l'égard des tiers n'était pas résolue et restait toujours en suspens (1).

(1) Nous avons une preuve de notre assertion dans le discours que prononça devant le Corps législatif le 15 ventose an XII, le tribun Grenier ; analysant les dispositions du titre XI, il s'exprime ainsi :

« Mais la vente étant une fois établie légalement, la transmission de la propriété, dès l'instant qu'elle devra avoir lieu selon les différens cas déterminés par la loi, s'opérera de droit.

« Mais à ce sujet même, il était essentiel que le législateur indiquât que cette règle dans sa généralité ne devait avoir lieu, comme il est dit dans l'art. 2, que de l'acheteur à l'égard du vendeur. Il était de toute évidence que cette règle ne devait pas être appliquée à l'égard des tiers qui pourraient avoir sur la chose un droit anté-

Lorsqu'on arriva enfin au titre des privilèges et hypothèques, la question, si souvent remise, ne put plus cette fois être évitée.

Nous avons dit que deux systèmes étaient en présence, et que chacun d'eux comptait des partisans ardents et convaincus. Avant de rédiger le texte définitif du projet, il était indispensable que le Conseil d'État se prononçât sur le système auquel il donnait la préférence. En conséquence, il fut convenu que deux rapports seraient présentés à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, l'un au nom des partisans de l'ancien droit, l'autre au nom des défenseurs de la loi de brumaire.

Le premier fut l'œuvre de Bigot-Préameneu, le second celle de Réal ; ils furent lus à la séance du 12 pluviose an XII (1).

Portalis exposa, quoique avec défiance, les raisons qui lui persuadaient qu'il fallait s'en tenir au pur droit romain.

Le consul Cambacérès, tout en admettant le système de l'an VII, désirait cependant qu'on ne l'appliquât pas dans toute sa rigueur aux hypothèques légales des femmes et mineurs ; la discussion fut terminée par l'admission du système de la publicité, avec, toutefois, les modifications proposées par Cambacérès.

rieur à la vente qui en serait faite. Elle ne devait pas plus l'être à l'égard des tiers qui n'auraient acquis un droit que postérieurement à la vente, mais qui devaient le conserver, si cette vente n'avait pas été revêtue de certaines formalités prescrites par la loi, comme moyen de parvenir à la consolidation de la propriété. Je citerai pour exemple de ce que je viens de dire la formalité de la transcription des contrats de vente, établie par l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, relative au régime hypothécaire et qui peut être maintenue par la loi qui est attendue sur les hypothèques ». (V. FENET, XIV, p. 188).

(1) FENET, XV, p. 223 et suiv.

La théorie une fois fixée, on s'occupa des détails de l'organisation. Treilhard présenta le 3 ventose an XII un projet qui fut de suite discuté. Il renfermait, au sujet de la question qui nous occupe, deux articles assurément inspirés par les observations du Tribunal de Cassation et du contre-projet que ce dernier avait rédigé, lorsqu'il fut consulté sur le projet du Gouvernement (1).

Art. 91. — « Les actes translatifs de propriété, qui n'ont pas été transcrits, ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente ». C'était la reproduction à peu près fidèle de l'art. 26 de la loi de brumaire.

Art. 92. — « La simple transcription de titres translatifs de propriété sur les registres du conservateur, ne purge pas les privilèges et hypothèques établis sur l'immeuble. Il ne passe au nouveau propriétaire qu'avec les droits qui appartenaient au précédent, et affectés des mêmes privilèges et hypothèques dont il était chargé ».

Lorsque ces articles vinrent en discussion à la séance du 10 ventôse an XII, Tronchet combattit violemment l'art. 91, prétendant que « c'était une disposition désastreuse; elle aurait les effets les plus funestes, puisqu'un citoyen qui aurait acheté et qui posséderait un immeuble depuis dix

(1) Art. 6. Tout acte translatif de propriété d'un immeuble doit être transcrit sur les registres du conservateur, jusque-là il ne peut être opposé aux tiers. Les actes d'aliénation ou d'hypothèques consentis par le nouveau propriétaire avant cette transcription sont comme non avenus à l'égard de ceux qui auraient acquis des propriétaires précédents un droit quelconque sur cet immeuble et qui auraient fait faire l'inscription ou la transcription de leur titre : (V. Contre-Projet, FENET, II, p. 650).

ans et depuis vingt ans, mais qui n'aurait pas fait transcrire, serait obligé de le céder à l'acheteur très récent dont le contrat aurait été transcrit ». Nous ne pouvons nous empêcher de sourire en lisant aujourd'hui ces reproches adressés au système de la transcription, dont les conséquences nous paraissent actuellement si naturelles et si conformes à une bonne organisation de la propriété foncière.

Tronchet, guidé sans doute par un véritable esprit de parti pris, prétendit même que cette disposition de l'art. 91 embrassait les ventes antérieures à la loi de brumaire « et qu'ainsi il n'y a plus en France une seule propriété dont on ne puisse être dépouillé faute de transcription, en vertu d'une vente faite par un individu qui n'a jamais été propriétaire, pourvu que l'acheteur fasse transcrire le contrat ».

Treilhard répondit que l'usage où sont les acquéreurs d'examiner les titres de propriété est déjà une première garantie contre l'abus de l'art. 91, « qu'en second lieu, au cas où il se trouverait des hommes assez inconsidérés pour acheter sans avoir vérifié les titres, eux seuls pâtiraient de la peine de leur imprudence ; elle ne nuirait pas au propriétaire véritable, puisque, d'après l'art. 92, ils n'acquièrent sur la chose que les droits que pouvait avoir le vendeur ».

Le consul Cambacérès prétendit que la rédaction des articles ne rendait pas assez clairement le sens que venait de lui donner Treilhard; c'est pourquoi il demanda que la rédaction fut réformée pour ne laisser aucun doute sur l'intention de la loi. — Cependant le Conseil adopta en principe :

1° Que la disposition de l'article n'est pas applicable aux contrats de vente antérieurs à la loi du 11 brumaire ;

2° Que la transcription du contrat ne transfère pas à l'acheteur la propriété lorsque le vendeur n'était pas propriétaire.

Les deux articles furent renvoyés à la section pour les rédiger dans le sens des amendements adoptés (1).

Tout portait donc à croire que le Conseil d'Etat avait opté pour le système de brumaire et qu'il ne s'agissait plus maintenant que de régler les questions de détail et de rédaction. — C'est alors qu'il se passa un fait sur lequel on a beaucoup écrit et fourni différentes explications. Lorsque deux jours après, c'est-à-dire le 12 ventôse an XII, Treilhard lui-même vint présenter au Conseil d'Etat le titre VI du livre III du projet de Code civil, rédigé conformément aux amendements adoptés dans les séances précédentes, l'art. 91 avait disparu et l'art. 92, modifié légèrement, persistait, sans doute à cause de son inutilité; il est devenu notre art. 2182. — Comment expliquer cette disparition de l'art. 91 ? Cela est bien difficile, puisque nous n'avons aucun document à ce sujet, et l'on ne peut faire que des conjectures ; la plus plausible est un changement d'opinion du Conseil d'Etat au dernier moment. Quoi qu'il en soit, ce qu'il y a de plus clair, c'est que la règle de publicité contenue dans l'ancien art. 26 de la loi de brumaire était tacitement abrogée et que, désormais, sous l'empire du Code de 1804, la propriété immobilière se transmettait, au regard des tiers, comme entre le vendeur et l'acheteur, par la seule force du contrat d'aliénation, indépendamment de toute condition de publicité.

Cette doctrine fut confirmée par la jurisprudence.

(1) Voir pour toute la discussion, FENET, XV, p. 386 et suiv.

(Trèves, 9 février 1810; Bruxelles, 6 août 1811; Cassation, 19 août 1818; Sirey, Collect. nouvelle.)

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 31 août 1808 (Sirey, 9, 2, 45), consacra cependant l'opinion contraire, mais resta sans écho. Ce qui rend le mystère de la disparition de l'art. 91 plus impénétrable, c'est que les nombreux articles du titre des hypothèques, dont cet article expliquait seul la présence, ne disparurent point et la transcription, pour eux, subsista. L'art. 2108, par exemple, indique que le vendeur conserve son privilège par la transcription de l'acte de vente.

L'art. 2180 demande également la transcription de l'acte pour permettre l'accomplisement de la prescription de 10 à 20 ans.

L'art. 2181 l'exige comme préliminaire de la purge. L'art. 2189 dispense de la transcription « l'acquéreur ou le donataire qui conserve l'immeuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur », disposition qui ne peut s'expliquer que comme une exception à une règle générale. Enfin, l'article 2198 fait encore allusion à la transcription.

Le système du Code était donc contradictoire et inconséquent; comment, en effet, expliquer que la vente ou l'échange soient parfaits au regard des tiers, par le seul effet de la convention, tandis que les donations et substitutions n'existent que par la transcription vis-à-vis de toute personne autre que les contractants ? M. Ferron prétend qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette contradiction, « car, dit-il, la transcription en matière de donations tirait son origine des ordonnances de 1537 et 1731 et venait se substituer à l'insinuation » (1). Nous croyons plutôt,

(1) Ferron, *op. cit.*, p. 130.

avec M. Besson, nous inspirant des motifs invoqués par Bigot-Préameneu, à la séance du Corps législatif du 2 floréal an XI (1), que la transcription des donations n'a rien retenu de la nature de l'ancienne formalité de l'insinuation dont elle a pris la place et qu'elle dérive des principes mêmes de la loi du 11 brumaire an VII. La contradiction dans les idées du législateur serait donc flagrante.

En tous cas, ce législateur se condamnait lui-même quand il exigeait la transcription comme préliminaire obligé de la purge (2181). De quelle utilité pouvait, en effet, être la transcription précédant la purge ? Etait-ce pour arrêter les inscriptions ? C'était superflu, puisque les inscriptions ne pouvaient être prises postérieurement à la vente. Etait-ce, au contraire, pour avertir les créanciers de la mutation qui venait de s'effectuer ? Nous ne le croyons pas non plus, puisque la notification du contrat de vente suffisait à les renseigner sur ce point. On a donné une raison qui en vaut bien une autre : faire payer à l'acquéreur le supplément de sécurité que la purge allait lui donner.

En ce qui concerne la prescription de 10 à 20 ans (2180), l'inconséquence est encore plus grave, car le législateur établissait d'abord en principe que, par le seul fait du contrat, le vendeur était dépossédé de son immeuble vis-à-vis des tiers, puis il tenait pour non avenue la possession de l'acheteur depuis l'acquisition jusqu'à la transcription.

Quoiqu'il en soit, et bien que se basant sur ces inconséquences et ces contradictions, on ait essayé de soutenir le contraire (2), les actes à titre onéreux

(1) Besson, *op. cit.*, p. 102.

(2) Jourdan dans la *Thémis*, T. V, p. 376 et suiv. — Hurteaux :

translatifs de droits réels immobiliers étaient dispensés de la transcription et, pour nous enlever tout doute sur la question, nous n'avons qu'à relire les paroles que le tribun Grenier lui-même prononçait devant le Tribunat, à la séance du 26 ventôse an XII : « La transcription n'est plus nécessaire aujourd'hui pour la transmission des droits du vendeur à l'acquéreur, respectivement à des tiers, ainsi que l'avait voulu l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII. Elle n'ajoute rien à la force du contrat dont la validité et les effets sont subordonnés aux lois générales relatives aux conventions et à la vente » (1).

Les autres droits réels : servitudes, usufruit, etc., étaient également occultes; seuls les privilèges et les hypothèques jouirent dans le nouveau Code de la publicité. Pour eux, en effet, on adopta la loi de brumaire dans ses grandes lignes ; toutefois les hypothèques judiciaires et légales redevenaient générales et ces dernières étaient dispensées de l'inscription. Toutes ces règles n'ayant subi que peu de modifications, nous les étudierons, ainsi que les discussions qu'elles ont soulevées, lors de leur rédaction, dans notre chapitre consacré à la critique du système français.

SECTION VI

Code de Procédure.

Du moment où la transmission de propriété s'opérait *erga omnes*, par la seule force du contrat, le

Revue du droit français et étranger, 1846, p. 790-841 et suiv. — Pont : Privilèges et hypoth., n° 258.

(1) Fenet, XV, p. 505.

cours des inscriptions d'hypothèques ou de privilèges devait être arrêté du jour de la vente des immeubles, et, à partir de ce moment, ceux des créanciers hypothécaires du précédent propriétaire qui n'avaient pas encore pris d'inscription, ne pouvaient plus utilement s'inscrire; ils risquaient donc de se trouver privés de l'hypothèque à eux conférée, par l'aliénation précipitée de l'immeuble qui formait leur gage. L'administration de l'enregistrement qui voyait ses recettes baisser, car les parties se gardaient bien de faire transcrire leur acte de vente, puisque cette formalité, non seulement n'était pour eux d'aucune utilité, mais encore parce qu'ils évitaient ainsi de payer le droit proportionnel de 1 fr. 50 %, saisit le prétexte du danger auquel les créanciers hypothécaires étaient exposés, danger que nous venons de signaler, et, se basant sur la rédaction erronée d'un passage du rapport de Grenier (1), ordonna à ses agents d'inscrire les hypothèques jusqu'à la transcription des actes d'aliénation. Cette interprétation, il faut bien le reconnaître, était contraire à la loi et fut condamnée par un avis du Conseil d'Etat du 11 fructidor an XIII. Cet avis déclarait que la « transcription, utile encore aujourd'hui, soit pour purger l'immeuble des hypothèques inscrites antérieurement à la vente, soit pour la purge des hypothèques légales, qui auraient existé aussi antérieurement à la vente, n'est plus nécessaire,

(1) Le passage erroné était ainsi conçu : « la transcription ne peut avoir d'autre effet que d'arrêter le cours des inscriptions qui sans cela pourraient toujours être faites pour des hypothèques établies sur l'immeuble vendu ». Grenier rétablit immédiatement le véritable texte dans l'édition officielle de son rapport : « elle (la transcription) n'est pas nécessaire pour arrêter le cours des inscriptions qui auparavant pourraient toujours être faites sur l'immeuble vendu même après l'aliénation ». (FENET, XV, p. 505).

depuis la promulgation du Code civil, pour annuler l'effet des inscriptions postérieures ».

L'administration de l'Enregistrement ne se découragea pas, et, toujours au nom de l'intérêt public et aussi du trésor, réussit à faire insérer dans le projet du Code de procédure une disposition, devenue l'art. 834, d'après laquelle les créanciers hypothécaires du vendeur avaient un délai de quinzaine, à dater de la transaction de la vente, pour prendre inscription (1).

Cette modification du système du Code civil était assez peu logique, car du moment où la transmission de la propriété s'effectue par le seul effet de la convention, il est difficile d'admettre qu'un créancier hypothécaire puisse prendre inscription sur un immeuble qui, vis-à-vis de lui comme vis-à-vis de tous, n'est plus dans le patrimoine de son débiteur. Quoiqu'il en soit, l'art. 834 sauvegardait, dans une certaine mesure, les intérêts des créanciers hypothécaires. Il n'en n'était pas de même pour les tiers acquéreurs; il leur importait de connaître, au moment où ils traitaient avec le propriétaire, le montant des charges hypothécaires établies sur les immeubles par eux acquis. « Ils n'avaient aucun moyen d'obtenir ce renseignement. Un état, même un état sur transcription, ne leur fournissait pas des indications complètes, puisque les créanciers hypothécaires ont un délai supplémentaire de quinzaine pour prendre utilement inscription ». Ils étaient obligés de se contenter des déclarations de leur vendeur dont les inexactitudes étaient sanctionnées par les dispositions relatives au stellionat.

(1) La transcription s'accomplit encore de cette manière, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique en vertu de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841.

Enfin, la transcription n'étant pas nécessaire, beaucoup se dispensaient de la faire opérer à cause du supplément de droits qu'elle occasionnait (1 fr. 50 °/₀). L'administration usa alors d'un moyen extrême pour ramener le public à cette formalité de transcription. La loi de finances du 28 avril 1816 rendit, dans ses art. 52 et 54, obligatoire la perception du droit de 1 fr. 50 °/₀, afin, dit-elle, que les parties n'eussent plus aucun intérêt pécuniaire à s'abstenir de faire transcrire leurs contrats. Mais cette loi, dont la portée n'était que purement fiscale, ne diminuait en rien les dangers d'éviction provenant de transmissions occultes auxquels les tiers acquéreurs se trouvaient toujours exposés.

SECTION VII

Enquête de 1841. — Projet de loi de 1850. — Loi du 23 mars 1855.

Le régime hypothécaire du Code de 1804, par cela seul qu'il ne s'appuyait pas sur la publicité du droit de propriété, manquait de bases et ne pouvait conférer aux prêteurs de stables garanties ; il avait de plus le tort de sacrifier les intérêts des tiers à ceux des incapables, en consacrant la clandestinité et l'indétermination des hypothèques légales. Ce système de demi-publicité, dès l'origine, fut l'objet de critiques qui devinrent de plus en plus pressantes, à mesure que l'expérience en accusa les imperfections ; jurisconsultes, publicistes, membres des assemblées politiques participèrent tous à ce mouvement de réaction contre le Code civil qui devait aboutir,

après bien des vicissitudes, à la loi du 23 mars 1855.

Un des premiers, Jourdan, en 1819, dans un article de la Thémis, reprochait à notre législation hypothécaire « ses éléments hétérogènes, ses dispositions inapplicables, ses antinomies insolubles, ne produisant que tourments pour les interprètes et procès pour les justiciables » (1).

Un homme d'Etat, d'une très grande fermeté d'esprit et de caractère, M. Casimir Perier, ouvrait, en 1827, un concours sur les améliorations dont notre régime hypothécaire pouvait être l'objet et créait un prix de 3,000 fr. pour l'auteur du mémoire qui aurait le mieux atteint ce but (2).

A la même époque, M. Decourdemanche, avocat au barreau de Paris, publiait un ouvrage qui eut un grand retentissement, intitulé : *Du danger de prêter sur hypothèque ;* amère critique de notre système hypothécaire, auquel il proposait de substituer une mobilisation du crédit territorial au moyen de bons fonciers transmissibles par voie d'endossement, système considéré alors comme une utopie, mais qui aujourd'hui semble praticable, puisque le principe en

(1) *Thémis*, V, p. 228, 229, 481 et VI, p. 193.

(1) Le 5 février 1829, rappelant les questions du concours, il écrivait aux journaux : « Tous ceux qui s'intéressent à la prospérité sociale, s'affligent d'en voir le développement entravé par les vices de notre système hypothécaire, dont les principaux effets sont d'éloigner les capitaux des prêts sur immeubles et de maintenir la disproportion considérable et fâcheuse qui existe entre l'intérêt dans les emprunts sur la propriété et celui que présentent les autres opérations de même nature. Le commerce et l'agriculture réclament également, dans cette partie de notre législation, des améliorations qui permettent d'étendre le crédit, dont tous deux éprouvent un si grand besoin, en l'assurant sur la base à la fois la plus large et la plus solide, sur la valeur immense de notre sol ». (Cité par TROPLONG : *Traité des privilèges et des hypothèques*, préface, p. 26 et 27.)

a été consacré par certaines législations étrangères.

Puis parût le livre de M. Loreau, directeur des domaines, sur *le Crédit foncier et le moyen de le fonder*. « L'auteur proposait de rattacher le service des contributions directes à celui de l'enregistrement et de réunir sur la tête de chaque receveur cantonal les fonctions de préposé du Trésor et de conservateur de la propriété foncière ; dans le bureau de ce receveur se trouverait un registre où se grouperait l'état civil de chaque propriétaire foncier, la désignation des communes de la situation de ses immeubles, le revenu imposable de chacun d'eux, en un mot tous les actes et tous les faits qui intéressent la condition juridique de l'immeuble et la capacité de son possesseur. Enfin, mentionnons pour terminer, le traité des privilèges et hypothèques de Troplong (1833). Ce dernier est plus réservé dans ses critiques, et propose dans sa préface, de revenir à la loi du 11 brumaire an VII.

A la séance du 16 avril 1836, M. Lavielle, rapporteur, présenta à la Chambre des députés deux pétitions, l'une du sieur Merger, avocat à Bar-sur-Aube, l'autre du sieur Mongalvy, cette dernière accompagnée d'un mémoire imprimé, demandant toutes deux la réforme de notre système hypothécaire et indiquant les modifications qui semblent les plus urgentes.

Le rapporteur, développant les conclusions du mémoire Mongalvy, prouvait que la clef du problème si difficile à résoudre se trouvait dans l'idée d'une publicité complète, publicité s'appliquant à tous les droits qui affectent la propriété et qui « la montrant toujours telle qu'elle est, lui rendrait la confiance des capitaux et, par suite, toute sa valeur

et tout son crédit ». C'est pourquoi il proposait de « renvoyer les pétitions et le mémoire qui se rattachent à tant d'intérêts, non seulement au garde des sceaux, mais encore au Président du Conseil ». M. Dupin, qui présidait la séance, profita de l'occasion pour flétrir, en termes imagés et au milieu des approbations de toute la Chambre, cette législation hypothécaire qui ne renfermait qu'un grave contresens.

Tout le monde étant d'accord pour renvoyer la pétition au gouvernement, le ministre des finances fit part à la Chambre de son intention de profiter de l'intervalle de la session pour élaborer, de concert avec le garde des sceaux, un projet sur la matière. « Je ne me dissimule pas, disait-il, combien l'exécution en est difficile, mais il n'est pas impossible de trouver des moyens de simplification et nous y mettrons tous nos soins » (1).

La promesse du gouvernement se fit attendre pendant cinq ans. Mais, en 1841, cédant enfin aux vœux que, depuis 1830 les Conseils généraux émettaient chaque année pour cette réforme (2), le garde des Sceaux, M. Martin, du Nord, prit une initiative « à laquelle, dit fort judicieusement M. Besson, les circonstances étaient particulièrement favorables ». La loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique venait d'être promulguée, dont l'art. 18 faisait résulter du jugement même d'expropriation la purge des actions en résolution ou en revendication et de toutes actions réelles. Cette loi

(1) Lire la discussion très intéresante dans le *Moniteur*, 1836, p. 769, col. 3 et p. 770.

(2) Voir la liste des Conseils généraux et la date des votes dans : *Documents relatifs au régime hypothécaire* (enquête de 1841). — Introduction, p. 45 et 46 en note.

semblait donc bien le prélude d'une grande réforme dans le Code sur notre matière.

C'est dans ces circonstances que le garde des sceaux adressa à la Cour de cassation, aux Cours royales et aux Facultés de droit, une circulaire en date du 17 mai 1841, réclamant d'elles leur opinion sur certains points plus spécialement signalés à leur attention, et les engageant à formuler des règles générales sur les parties les plus importantes de la législation qu'il s'agissait de refondre (1).

Il demandait en même temps à son collègue au département des finances divers renseignements qui ne pouvaient être recueillis que par l'administration de l'Enregistrement et des Domaines.

Cet appel fut entendu, tous les corps consultés répondirent avec empressement, les observations furent coordonnées et publiées en 1844 par le gouvernement; les trois volumes forment « le commentaire le plus détaillé des dispositions du Code civil, l'ensemble le plus complet des vues théoriques sur le régime hypothécaire » (2).

Il serait superflu et fastidieux d'analyser les différents rapports adressés à la chancellerie, car le travail a été fait, sous forme de résumé fort complet, dans le compte rendu officiel qui sert d'introduction à l'ouvrage et auquel nous renvoyons.

Nous nous bornerons à mettre simplement en relief les solutions principales présentées dans ce volumineux travail et touchant à notre sujet : la publicité.

La Cour de cassation, vingt-deux cours d'appel et sept facultés de droit réclamèrent pour les actes

(1) V. la circulaire : Documents hypothécaires, tome 1er.
(2) Docum. hypothéc., tome 1er. Introduction, p. 207.

translatifs de propriété des conditions extrinsèques, des formes visibles et permanentes, en un mot la transcription. Seules, les Cours de Bordeaux et de Toulouse et la moitié des membres de celle de Besançon demandèrent le maintien du droit actuel faisant résulter du seul consentement des parties la transmission des immeubles, même à l'égard des tiers. Mais tandis que la Cour de cassation, les Cours de Limoges, Orléans, Pau, Aix, ainsi que la Faculté de Strasbourg demandaient le retour pur et simple à la loi du 11 brumaire an VII, d'autres voulaient que l'on soumît à la transcription, non plus seulement les droits réels susceptibles d'hypothèques, mais tous les droits réels grevant la propriété.

Certaines cours réclamèrent même la transcription des baux d'une durée assez longue. Les Cours de Montpellier et de Riom, et la Faculté de Paris proposèrent l'extension de la transcription aux transmissions à cause de mort, aux partages, c'est-à-dire à tous les actes déclaratifs; d'autres réclamèrent seulement la publicité des testaments. (Cours d'Amiens, de Pau, Facultés de Caen, Dijon).

Les Cours et Facultés n'étaient pas non plus d'accord sur le mode de publicité qui devait être employé. La Cour de cassation, quatorze cours et trois facultés (1), se prononcèrent pour la transcription entière des actes sur les registres du conservateur des hypothèques.

Les Cours de Colmar et Riom, les Facultés de Grenoble et Paris, admirent au contraire l'inscription des actes au moyen d'extraits indiquant exactement

(1) Les Cours d'Agen, d'Aix, Amiens, Angers, Bastia, Dijon, Grenoble, Limoges, Montpellier, Nancy, Paris, Poitiers, Rennes, Rouen et la moitié des membres de la Cour de Besançon, les Facultés de Poitiers, Rennes, Strasbourg.

les parties contractantes, les immeubles aliénés et les conditions essentielles des obligations ; cette formalité étant plus expéditive et moins coûteuse que la transcription.

La Faculté de Caen préféra, en ce qui concerne les transmissions de la propriété, un troisième mode de publicité ressemblant par sa brièveté à l'inscription hypothécaire : *la réalisation*, dans le sens des coutumes de nantissement, qui désignerait le requérant, l'ancien et le nouveau propriétaires, la nature du droit, les parcelles qu'il grève, la date du titre ou de son dépôt, et le lieu où est fait ce dépôt. « Pour compléter la publicité, disait cette Faculté, il faut appliquer le cadastre et le système parcellaire au régime des hypothèques, soit pour les réalisations, soit pour les inscriptions. On préviendrait les embarras et les dangers de certificats irréguliers contenant des mentions inutiles et omettant les inscriptions consenties par de précédents propriétaires inconnus, si ces inscriptions étaient prises et les certificats délivrés non sur la personne, mais sur l'immeuble ».

Pour arriver à ce résultat, ajoutait-elle, « un exemplaire de l'atlas cadastral sera déposé au bureau de la conservation, un compte sera ouvert à chaque parcelle ; on y indiquera, par renvoi, le numéro des inscriptions qui le concernent. Il suffira donc, pour obtenir un état exact de tous les droits réels qui affectent une parcelle, d'en indiquer le numéro au conservateur, et l'on n'aurait pas à se préoccuper des noms et prénoms des anciens propriétaires » (1). Ce n'était pas autre chose que l'institution des *livres fonciers* qui étaient déjà organisés en Allemagne.

(1) Documents hypothécaires, tome 1er, p. 409 et 410.

Quant aux effets de la publicité, l'accord était unanime pour conserver le système de la loi de brumaire qui peut se ramener à ce principe : la publicité transforme l'obligation en un engagement réel opposable aux tiers, tient lieu de point de départ à la prescription décennale, mais elle ne doit pas conférer à l'acquéreur d'autres droits que ceux de son vendeur.

Ce système présentait bien des inconvénients, les Cours et Facultés sont les premières à le reconnaître; mais l'unique remède, consistant dans la foi due aux registres publics, serait à leur avis encore plus dangereux que le mal. — Seule la Cour de Bastia, adoptant le système germanique de la légalité, présentait la transcription qui, pour elle, s'étend à tous les contrats grevant la propriété, « comme la confirmation officielle de l'acquisition des immeubles, comme le signe infaillible auquel l'acheteur et le prêteur hypothécaire reconnaîtront quel est celui qui a le droit de disposer de la propriété et si ce droit n'est pas limité ».

Au point de vue hypothécaire nous trouvons également le grand principe de la publicité, mais le Code de 1804 apportait à ce principe une grave dérogation en dispensant d'inscription l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées. Fallait-il conserver cette dérogation ?

Une réforme complète était demandée par les Cours de Bastia, Dijon, Nîmes, Riom, quelques membres de la Cours de Poitiers, la moitié des professeurs de la Faculté de Grenoble et la Faculté de Paris tout entière. Les hypothèques légales, pour ces cours et facultés, doivent être soumises à l'inscription et à la détermination. La Faculté de Paris proposait même d'autoriser les maris ou tuteurs

à substituer à l'hypothèque, suivant le cas, un cautionnement sérieux (1). Tous les autres rapports, au contraire, demandaient le maintien du système du Code, en apportant cependant quelques modifications ; ainsi, par exemple, ils sont unanimes à reconnaître que l'hypothèque légale ne doit pas se prolonger au-delà du terme des incapacités qui l'ont fait établir; mais l'accord cesse sur la durée du délai de grâce, pendant lequel cette hypothèque pourra être inscrite.

Pour l'hypothèque judiciaire, aucune modification importante au Code n'était proposée. Seule la Faculté de Paris réclame la suppression de l'hypothèque qui résulte de la simple vérification ou reconnaissance faite en justice d'un acte sous seing privé ; elle demande de donner au juge le pouvoir de la restreindre à certains immeubles suffisants pour la sûreté du créancier, enfin elle désire qu'elle soit spécialisée dans l'inscription.

Les Cours et Facultés étaient partisans du maintien de la spécialité pour l'hypothèque conventionnelle, tout en n'étant pas unanimes sur la question de savoir s'il convient d'étendre ou de restreindre la spécification de l'immeuble hypothéqué. La Faculté de Dijon, qui fait exception, proposait d'une façon absolue l'abandon du principe de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle et elle demandait que cette hypothèque, comme l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire, portât sur tous les biens du débiteur.

Jamais enquête ne fut si complète et si consciencieuse : en se maintenant sur le terrain des prin-

(1) Voir pour le résumé des raisons invoquées à l'appui de cette thèse : Documents hypothéc. Introd., p. cx.

cipes français, elle fournissait l'indication de toutes les réformes désirables. Une commission fut instituée par le ministre à l'effet d'examiner ces documents et de préparer un projet de loi.

Les travaux de cette commission se prolongèrent; ils n'étaient pas achevés lorsqu'éclata la révolution de 1848. L'idée, cependant, ne fut pas abandonnée. Le 15 juin 1849, le Président de la République approuva la constitution d'une commission investie du mandat de préparer un projet de réforme. Par décret du 27 décembre 1849, le projet qu'elle avait rédigé fut renvoyé à l'examen du Conseil d'Etat. Sans attendre les résultats de cette étude, le ministre de la Justice déposa, le 4 avril 1850, un projet de réforme sur le bureau de l'Assemblée législative. Ce projet fut renvoyé à son tour à la Commission parlementaire, qui se trouvait déjà saisie de l'examen d'une autre proposition par suite de l'initiative de M. Pougeard, membre de l'Assemblée. Elle choisit comme rapporteur M. de Vatimesnil. La discussion commença le 25 juin ; la base de ce projet est le retour au système de la loi de brumaire an VII et au régime de la publicité absolue en matière hypothécaire.

« Le système du Code civil a été soumis, disait M. de Vatimesnil, à une expérience de près d'un demi-siècle, il est maintenant jugé. *Il faut revenir à la publicité complète et absolue.* Pour que le crédit foncier existe d'une manière réelle, il est indispensable que toutes les charges hypothécaires se manifestent clairement aux yeux des prêteurs ; que ceux-ci puissent juger par leurs propres lumières de la situation de l'emprunteur, qu'en un mot, pour faire le bilan immobilier du possesseur d'une maison ou

d'une ferme, il suffise d'effectuer une addition ou une soustraction » (1).

S'inspirant de ces idées, le projet de loi admet la transcription obligatoire à l'égard des tiers pour les actes de transmission de la propriété et même, étendant la règle de la loi de brumaire, il exige la transcription pour tous actes constitutifs ou translatifs de droits réels même non susceptibles d'hypothèques, tels que l'antichrèse, l'usage, l'habitation, les servitudes ; mais, comme sous le régime de la loi de l'an VII, la transcription n'aura d'autre effet que de rendre tous ces actes opposables aux tiers ; car l'acte, même transcrit, ne donnera à l'acquéreur que les droits qui appartenaient à son auteur.

Toutes les hypothèques sont soumises au principe de la publicité et de la spécialité. Légales ou conventionnelles, elles ne produiront d'effet que du jour de leur inscription, inscription qui ne sera prise que pour une somme déterminée et sur des immeubles spécialement désignés ; ainsi aucune hypothèque ne pourra frapper des biens à venir.

Si le projet prescrivait la publicité des hypothèques légales, il ne laissait pas pour autant sans défense les intérêts des incapables ; il imposait en effet de prendre inscription pour les incapables, en première ligne, au greffier qui a concouru à la délation de la tutelle et au notaire qui a reçu le contrat de mariage et ce, à peine de cent francs d'amende et même de destitution. Le conseil de famille pourrait même ordonner, au cas où il jugerait la garantie hypothécaire du tuteur insuffisante, le versement à la Caisse des dépôts et consignations de tous les capitaux appartenant au mineur et de l'excédent de ses reve-

(1) Cité par Besson, *op. cit.*, p. 116.

nus, toutes mesures supérieures aux moyens adoptés par la loi de brumaire dans son art. 22.

L'hypothèque judiciaire était purement et simplement supprimée. Pour assurer complètement la sécurité des transmissions immobilières, le projet de 1850 proposait également la suppression de l'effet rétroactif des droits de résolution et de révocation appartenant aux anciens propriétaires ; ces droits n'auront d'effet, au regard des tiers, dit le projet, qu'à partir du jour où l'action aura été intentée et publiée par une annotation en marge de la transcription du titre dont la révocation ou la résolution est demandée. Enfin la dernière modification, présentée par M. de Vatimesnil, consistait dans le transfert par voie d'endossement des obligations hypothécaires. Lors de la discussion, divers changements furent adoptés par l'Assemblée : le plus grave de tous avait trait à l'hypothèque légale des incapables.

Sur les observations de M. Demante, l'Assemblée législative maintint à cette hypothèque les caractères que lui donnait le Code et elle demeura générale et occulte, seulement la femme pouvait y renoncer par contrat de mariage et la veuve et les mineurs devenus majeurs étaient obligés de prendre inscription dans l'année de la dissolution du mariage ou de la majorité du mineur.

Une autre modification fut votée : elle a trait à la rétroactivité du droit de résolution. Le projet de la commission contenait en effet à ce sujet une innovation hardie et se conciliant bien difficilement avec son principe dominant : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* M. Valette n'eut pas de peine à démontrer qu'une pareille solution pouvait à la rigueur se comprendre lorsqu'il s'agit de causes de résolution qui ne peuvent être prévues

lors du contrat, comme l'action en révocation de donations pour cause d'ingratitude, mais lorsqu'on se trouve en présence d'une cause de résolution contemporaine du contrat, on ne peut, sous prétexte de protéger les sous-acquéreurs et les créanciers hypothécaires de l'acquéreur, enlever à l'aliénateur la faculté de conserver son droit par une inscription; moyennant donc cette publicité, la résolution aura, vis-à-vis des tiers, sa force rétroactive. — La rétroactivité fut alors rétablie, mais l'Assemblée admit un amendement de M. Rouher, qui liait le sort de l'action résolutoire à celui du privilège (1).

Le projet avait subi l'épreuve des deux premières délibérations, l'Assemblée avait décidé qu'elle passerait à la troisième; celle-ci même était commencée, lorsqu'à la séance du 1er juillet 1851 elle fut ajournée sur la demande d'un membre de l'Assemblée. Les graves événements qui marquèrent la fin de l'année 1851, interrompirent l'œuvre du législateur en mettant fin à l'existence de l'Assemblée Législative.

Dès l'année suivante, le gouvernement impérial reprit le projet de réforme, mais avec beaucoup moins d'ampleur.

« Cédant à des préoccupations politiques, dit M. Guillouard, plutôt qu'à une conception logique et rationnelle d'une réforme de la matière, il régla d'abord, par un décret séparé, l'organisation du crédit foncier qui, dans le système du projet de 1850, était, avec raison, rattaché à l'ensemble du projet sur la réforme hypothécaire » (2).

Uu décret du 28 février 1852, suivi d'une loi du

(1) Séance du 17 décembre 1850. *Moniteur*, p. 3613.

(2) Guillouard, *op. cit.*, p. 64.

10 juin 1853, organisèrent le crédit foncier ; ils prévoyaient l'établissement de sociétés destinées à procurer aux propriétaires fonciers des fonds remboursables par annuités, et à offrir aux capitalistes, en échange de numéraire, des titres d'obligations ou lettres de gage, réunissant aux avantages de leur garantie réelle ceux d'une facile négociation. Pour favoriser le crédit de ces sociétés auxquelles on substitua bientôt une société unique, le Crédit foncier de France (1), ayant le monopole en matière de prêt sur hypothèque, pour faciliter leurs prêts et l'exécution de leurs contrats, on leur accorda d'importants privilèges constituant autant de dérogations au droit commun. On les dispensa du renouvellement décennal de leurs inscriptions ; on leur accorda la possibilité de purger les hypothèques précédemment constituées sur l'immeuble, et cela par une procédure simplifiée dont les frais ne s'élèvent guère qu'à 15 ou 20 francs (la purge de droit commun coûtant en moyenne de 120 à 150 francs de frais) (2).

L'intention du législateur était sans doute fort louable, « mais le décret de 1852, comme l'a si justement dit M. Besson, en organisant le crédit foncier avant d'avoir pourvu à la consolidation de la propriété immobilière par l'établissement d'un bon régime de publicité, procédait au rebours de toute logique » (3).

(1) Décret de juillet 1854.

(2) Le décret instituait en plus dans son article 24 une purge spéciale des actions rescisoires après certaines formalités et un délai de 40 jours. La loi du 10 juin 1873 abrogea cette disposition avant qu'on ait pu en juger les effets. V. à ce sujet Ferron, *op. cit.*, p. 149 et 150 ; il compare le système de cet article à celui qui était usité autrefois en Bretagne et produisait les mêmes effets que le principe de la force probante des livres fonciers en Allemagne.

(3) Besson, *op. cit.*, p. 120.

Le gouvernement présenta enfin, à la date du 11 mai 1853, son projet de réforme hypothécaire, projet d'ailleurs modeste, et qui était bien loin du programme qu'avait tracé M. Martin, du Nord, bien loin aussi du projet de 1850, dont il s'inspirait néanmoins.

M. Suin s'empressait de rassurer les membres du Corps législatif sur les intentions conservatrices des rédacteurs, lorsque, dans l'exposé des motifs, il s'exprimait ainsi :

« Si, pour répondre à une imposante manifestation de l'Etat, il fallait faire le sacrifice d'une législation qui nous est chère, déjà assez ancienne pour que nous ayons vieilli avec elle, il faudrait peut-être reculer devant cette témérité et ne pas nous lancer inconsidérément dans ces graves débats que nos devanciers n'ont pu terminer. Mais il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilège, ses dispositions resteront intactes, son économie entière. Nous ne vous présentons pour ainsi dire que des dispositions additionnelles choisies parmi celles qui n'ont rencontré aucune opposition, destinées à combler des lacunes, à satisfaire des besoins depuis longtemps proclamés et à parer à ces dangers universellement reconnus : Compléter, ce n'est pas détruire » (1).

Une commission fut aussitôt nommée, et l'année suivante, M. de Belleyme, le rapporteur, déposa son rapport sur le bureau du Corps législatif le 21 mars 1854. La discussion, ouverte le 13 janvier 1855, était

(1) Exposé des motifs du projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire, présenté au corps législatif par M. Suin, conseiller d'Etat, cité par Verdier : *Transcription hypothécaire*, t. I^er^, Documents législatifs, p. IV.

terminée le 17. Le Sénat adopta le projet le 14 mars suivant, et le 23 mars la loi fut promulguée.

Cette loi du 23 mars 1855 rétablit la transcription que la loi du 11 brumaire an VII avait instituée à l'imitation du système des pays de nantissement et que le Code avait supprimée.

Le législateur n'organise qu'une simple publicité des transmissions les plus usuelles de la propriété foncière et des droits réels immobiliers autres que l'hypothèque. Comme dans la loi de brumaire, c'est seulement à partir de l'accomplissement de la transcription que la translation de propriété accomplie *inter partes* par le seul consentement devient opposable aux tiers. Jusque-là, les créanciers hypothécaires peuvent prendre utilement inscription du chef du propriétaire aliénateur et conserver leurs hypothèques avec tous leurs attributs : droit de préférence et droit de suite. — Les rédacteurs profitèrent de l'occasion, d'une part, pour limiter dans le temps l'étendue de la dispense d'inscription accordée à la femme mariée, au mineur et à l'interdit (l'art. 8 fixe, en effet, un délai dans lequel l'inscription de l'hypothèque légale doit être requise après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle pour conserver à cette sûreté ses avantages) ; d'autre part, pour subordonner aussi à la condition d'une inscription ou d'une mention en marge de l'inscription préexistante, l'efficacité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée. Naturellement la date des inscriptions ou mentions déterminera l'ordre de préférence entre les différents subrogés (art. 9) (1).

(1) Cet art. 9 relatif à la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée a été complété par la loi du 13 février 1889.

Assurément, la loi de 1855 réalise un progrès notable sur le régime du Code civil, en écartant pour les acquéreurs le danger de se voir évincés par une vente antérieure restée secrète. Mais ce n'est pas certes un progrès, au sens technique du mot, après les brillantes idées qui s'étaient fait jour dans l'enquête de 1841, de revenir à la législation de brumaire, c'est-à-dire à un système de publicité impuissant à conférer, par lui-même et sans l'appui de la prescription, la sécurité absolue que réclament les propriétaires fonciers et les prêteurs sur hypothèque.

CHAPITRE II

Critique du système français actuel.

Un bon régime de publicité doit permettre à toute personne qui a à traiter sur un immeuble de se rendre compte exactement de la situation juridique de cet immeuble et des charges qui le grèvent. Cette idée a été, croyons-nous, suffisamment mise en lumière précédemment, pour que nous n'ayons pas à y revenir. Nous dirons simplement que les dangers provenant du défaut de publicité auxquels l'acquéreur ou le prêteur sur hypothèque sont exposés, se ramènent à trois : d'une part, l'aliénateur ou les précédents propriétaires peuvent avoir consenti, à l'insu de l'acquéreur, une seconde aliénation de l'immeuble ; en second lieu, ils peuvent lui avoir laissé ignorer l'existence de droits réels qui affectent l'objet de son acquisition. Ces droits peuvent : ou opérer un démembrement de la propriété en l'altérant dans ses éléments constitutifs et en paralysant le droit du propriétaire, ou, tout en laissant la plénitude du droit, grever l'immeuble, ce qui en diminue la valeur. Enfin des risques d'éviction totale ou partielle peuvent découler d'une cause de résolution ou d'annulation et menacent alors non seulement le titre originaire de la transmission,

mais encore tous les droits réels acquis ultérieurement par les tiers sur la foi de ce titre.

La publicité doit donc s'exercer au sujet des titres d'acquisition, des droits réels et des charges foncières, enfin des causes de nullité ou de résolution. Nous allons, en reprenant chacun des points séparément, examiner les solutions de la législation française et en faire la critique.

SECTION I.

Publicité des titres d'acquisition.

L'article premier de la loi de 1855 est ainsi conçu : sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens : 1° tout acte entre vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits réels, susceptibles d'hypothèque.

D'après ce paragraphe premier de l'article premier, l'existence d'un écrit instrumentaire est une condition essentielle pour l'accomplissement de la formalité de la transcription. Il en résulte que les registres publics ne seront ouverts ni aux mutations par décès, ni aux mutations conventionnelles faites verbalement entre vifs.

Cette règle, déjà restrictive, comporte encore une double limitation : pour que l'acte soit transcrit, il faut d'abord qu'il s'agisse d'un acte entre vifs, et ensuite que cet acte entre vifs soit translatif de propriété, c'est-à-dire fasse passer la propriété d'une tête sur une autre. Mais tous les actes entre vifs, même à titre gratuit, autres que ceux portant dona-

tion ou contenant des substitutions, sont régis par la loi du 23 mars et soumis par elle à la règle de la transcription.

Le législateur a édicté une règle générale et n'a point voulu procéder par une énumération qui aurait pu être incomplète.

C'est au commentateur à dresser une liste des actes à titre onéreux emportant transmission de propriété. Cette liste comprend : les ventes immobilières et, par conséquent, les promesses de vente synallagmatique qui, chez nous, valent vente ; les dations en paiement, effectuées avec des immeubles; les échanges d'immeubles contre d'autres immeubles ou contre des meubles ; les actes de société constatant des apports d'immeubles faits à la société par les associés ou par l'un d'eux, sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit de sociétés civiles ou commerciales et quelle que soit la durée de la société ; enfin, les contrats de mariage contenant une clause d'ameublissement en propriété d'un ou plusieurs immeubles déterminés, ou une clause de communauté universelle.

Le paragraphe 2 de l'art. 1er soumet également à la transcription les renonciations à des droits de propriété immobilière ; les tiers, en effet, ont le même intérêt à connaître l'extinction que la constitution du droit, afin de ne pas traiter avec celui qui en était investi et qui s'en est dépouillé.

En principe, les jugements n'étant pas attributifs de propriété, mais seulement déclaratifs, sont exempts de la formalité de la transcription, mais, par exception, le § 3 soumet à la publicité les jugements qui déclarent l'existence d'une convention verbale emportant transmission de propriété ou renonciation à un droit de même nature : le jugement

dans ce cas devient le titre des contractants; il n'est pas seulement déclaratif, mais en quelque sorte translatif.

Le § 4 vise enfin les jugements qui opèrent translation de propriété, c'est-à-dire les jugements d'adjudication : adjudication sur délaissement d'hypothèque, adjudication sur expropriation forcée, etc. — adjudication enfin sur licitation, mais à condition seulement qu'il ne soit pas rendu, dit la fin du § 4, « au profit d'un cohéritier ou copartageant » : car alors le jugement serait déclaratif et non translatif de propriété (art. 883, C. civil).

Nous avons dit plus haut que tous les actes entre vifs étaient régis par la loi de 1855, il y a cependant une exception en ce qui concerne certains actes à titre onéreux; en effet, aux termes de l'art. 11, dernier alinéa « il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre, elles continueront à recevoir leur exécution ». Cet article renvoie donc pour les actes portant donation aux art. 939 et suivants du C. civil et cette formalité de la transcription des donations d'immeubles n'est, avons-nous vu, que le souvenir de l'insinuation de notre ancien droit.

L'art. 11, parlant des dispositions à charge de rendre, fait allusion aux substitutions permises pour lesquelles les rédacteurs du code, s'inspirant de l'ordonnance de 1747 sur l'insinuation, avaient également organisé des mesures de publicité qui, dans les art. 1709 et suiv., s'appliquent non seulement aux dispositions entre vifs, mais encore, et c'est là le point remarquable, aux dispositions testamentaires.

La loi de 1855 laisse hors de sa sphère d'application les transmissions à cause de mort et les actes

déclaratifs ; nous allons voir si le législateur n'a pas eu tort d'éloigner ainsi de la transcription ces deux grandes séries d'actes que les tiers auraient cependant le plus grand intérêt à connaître.

Le législateur de 1855 a fait une œuvre beaucoup trop scientifique. La plupart des coutumes de nantissement, la loi de messidor et celle de brumaire consacraient la clandestinité des mutations à cause de mort et des actes déterminatifs de la propriété. C'est donc une tradition qui s'est transmise et, pour être en harmonie avec la tradition, la loi de 1855 n'en est pas moins digne de critique ; c'était une loi nouvelle qui n'avait pas besoin de suivre les errements du passé.

Voyons d'abord les actes déclaratifs : ce sont, par exemple, les partages, quelle que soit l'origine de l'indivision, les transactions, les retraits, et, en principe, les jugements.

L'article 1er des dispositions préliminaires de la loi belge, du 16 décembre 1851, sur la revision du régime hypothécaire, est ainsi conçu : « Tous actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné au bureau de la conservation des hypothèques, etc... ».

« Les auteurs de la loi de 1851 ont pensé, dit M. Martou, que les actes de partage, bien que simplement déclaratifs de propriété, devaient être portés à la connaissance des tiers. Il importe d'empêcher les cessions que pourrait faire un héritier de sa part indivise dans la succession, alors que ses droits seraient déja limités par un partage antérieur. Le partage produit dans la position des copartageants des changements qui intéressent les tiers. Pendant

l'indivision, aucun des copropriétaires n'a un droit absolu et définitif de propriété sur aucune partie des droits communs. Ce n'est qu'après le partage que le copartageant peut consentir des aliénations et des affectations irrévocables... Le partage ne crée pas la propriété, mais il la détermine ; il ne constitue pas le propriétaire, mais il le fait connaître. C'est pour ces motifs que les actes déclaratifs de droits réels immobiliers ont été soumis à la transcription » (1).

S'inspirant sans doute d'idées semblables, les rédacteurs, au projet de 1853, avaient conçu un article en ces termes : « Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens : 1° Tout acte entre vifs translatif ou déclaratif de propriété immobilière », et M. Suin, dans l'exposé des motifs du projet au Corps législatif, s'exprimait ainsi : « Bien que le partage soit déclaratif de propriété, et, qu'aux termes de l'art. 883 du Code Napoléon, chaque héritier soit censé avoir succédé immédiatement aux choses comprises dans son lot, en fait, il transmet la propriété de l'universalité à l'individu et confère des droits à chacun des copartageants contre les autres ; c'est à la conservation et à la publicité de ces droits que la loi doit veiller ; la disposition proposée n'est qu'une combinaison des art. 2108 et 2109 du Code Napoléon » (2).

Cependant la commission législative chargée d'examiner le projet, le modifia et fit disparaître de l'art. 1er le mot « déclaratif » pour les raisons que nous trouvons dans le rapport de M. de Belleyme, qui

(1) Martou : Privilèges et hypothèques, tome 1er, n° 22, p. 42.

(2) Verdier, *op. cit.*, tome 1er, Documents législatifs, p. ix.

tâche de démontrer que, malgré la suppression de ce mot, les droits des tiers sont sauvegardés :

« Cette transcription n'a aucune utilité à l'égard des créanciers de la succession qui peuvent conserver leurs droits nonobstant tout partage. L'intérêt ne peut exister qu'à l'égard du créancier de l'un des cohéritiers et dans le cas où ce cohéritier aura pris inscription avant que le partage ait été transcrit. Dans ce cas, le partage pourra-t-il lui être opposé ou bien sera-t-il nul et non avenu à son égard? La nullité du partage non transcrit a été soutenue par assimilation de la vente et des actes translatifs qui ne sont opposables aux tiers qu'après la transcription. Elle a été repoussée par cette considération que, dans notre droit, le partage est déclaratif et non pas attributif de propriété, que si ce caractère est une fiction de la loi, cette fiction n'en est pas moins la base des règles et des effets du partage, et que la changer serait porter le trouble dans les dispositions du Code Napoléon. Au moins faudrait-il, pour y porter cette atteinte, que l'intérêt fût puissant; or les créanciers des héritiers ont dans les mains un droit équivalent à celui qu'ils puiseraient dans la nécessité de la transcription; ce droit résulte de l'art. 882 du Code : il consiste dans la faculté de former opposition au partage. Cette opposition suffit pour que le partage ne puisse plus avoir lieu hors la présence et en fraude du créancier » (1). La transcription ne servirait qu'à occasionner des frais nouveaux.

Toutes ces observations pourraient, à la rigueur, être admises, mais le législateur semble avoir complètement ignoré qu'outre les créanciers antérieurs

(1) Verdier, *op. cit.*, tome 1er, Documents législatifs, p. xiii et xiv.

au partage, dont les droits sont à peu près sauvegardés, il existe des acquéreurs et des prêteurs qui traiteront avec l'un des cohéritiers après le partage et qui seront exposés à tous les dangers de la clandestinité, et cela sans recours. Il suffit, en effet, de supposer qu'un des cohéritiers vend ou constitue hypothèque au profit d'une personne sur un immeuble de la succession qui a été mis par le partage au lot d'un autre cohéritier, tandis qu'il a reçu, pour sa part héréditaire, soit une soulte, soit des valeurs mobilières de la succession, soit le montant des sommes dont il doit le rapport. Le prêteur ou l'acquéreur se verra donc opposer un partage qui lui était complètement inconnu et qu'il lui était même impossible de connaître.

Le seul moyen d'écarter le risque d'éviction, consisterait dans la publicité de partage qui a déterminé, restreint ou anéanti le droit du cédant; les tiers pourraient traiter avec sécurité sans crainte de se voir opposer plus tard un partage fait à leur insu et qui n'ayant pas été transcrit ne leur serait pas opposable.

On mettrait également, en appliquant ces principes de publicité, un terme aux conséquences logiques, nous nous empressons de le reconnaître, mais bizarres et subtiles, du système actuel et dont voici un exemple bien connu :

Supposons un immeuble indivis entre deux cohéritiers, Pierre et Paul, ils en font la licitation au tribunal avec le concours d'étrangers. Si l'immeuble est adjugé à un étranger, la transcription du jugement devra être opérée, parce que la licitation est un acte translatif. Si, au contraire, c'est un des colicitants qui est adjudicataire, il n'y a pas lieu à transcription parce que la licitation vaut alors partage et que l'adjudication se trouve simplement translative.

Pourquoi cette distinction? L'intérêt des tiers n'est-il pas le même dans les deux cas et ne commande-t-il pas en conséquence une solution identique?

Enfin, l'administration de l'enregistrement, moins scrupuleuse que le législateur de 1855, n'a pas craint de porter une main sacrilège sur cette fiction de l'effet déclaratif du partage contenu dans l'art. 883, en percevant un droit gradué de 0 fr. 15 plus les décimes, au lieu de se contenter, comme il serait logique, d'un droit fixe. Si donc cette fiction est assez élastique pour permettre cette perception avantageuse de droits au profit du Trésor, pourquoi résisterait-elle aussi à l'intérêt des tiers, c'est-à-dire à l'intérêt général? Pourquoi ne pas appliquer un système semblable à celui de la loi Belge de 1851?

Ce que nous venons de dire des partages, s'étend à tous les autres actes déclaratifs de propriété. La transaction, le retrait d'indivision, le retrait successoral, etc., échappent encore à la transcription et cela pour le plus grand danger des tiers, car, bien que dans la pureté des principes, ces actes ne transfèrent pas la propriété, ils en modifient l'état apparent et fixent des droits, jusqu'alors incertains et contestés. Voici un exemple que l'on est appelé à rencontrer journellement et qui fera mieux ressortir notre pensée : *Primus* et *Secundus* prétendent concurremment à la propriété d'un même immeuble. *Primus* a agi jusqu'à présent comme s'il était propriétaire exclusif et en pleine bonne foi. *Secundus* n'a fait aucun acte de possession, il essaye cependant d'amener *Primus* à composition, celui-ci refuse, *Secundus* intente l'action en revendication; pour une raison quelconque, les deux parties interrompent la procédure et font une transaction qui donne l'immeuble à *Secundus*.

Cette transaction n'a aucun caractère attributif, elle est purement récognitive du droit préexistant de *Secundus* ; en vertu de la loi de 1855, elle ne sera pas transcrite. Les tiers ont cependant le plus grand intérêt à connaître le fait qui modifie aux yeux de tous ce droit de propriété qui n'était qu'apparent, pour ne pas être exposé aux mêmes dangers qu'ils auraient à courir si l'immeuble avait été vendu par *Primus* à *Secundus*, et la vente non transcrite, bien que leur étant opposable.

En France, en 1850 et 1855, en Belgique en 1851, l'idée que les mutations par décès devaient être soumises à la publicité par voie de transcription, fut généralement écartée. Le motif qu'on fit valoir pour la repousser est tiré de ce que, en imposant la transcription on porterait une grave atteinte à ce principe que « *le mort saisit le vif* ». L'investiture légale s'attache en effet *de plano* à l'héritier appelé par la loi et le rend instantanément propriétaire, même à son insu.

Cet argument n'a pas, à nos yeux, de portée sérieuse. La saisine n'a trait qu'à la possession, elle est étrangère à la transmission de la propriété. La transcription, au contraire, est sans influence sur la possession ; elle a pour but de permettre de se prévaloir, à l'égard des tiers, d'une transmission de propriété qui s'est opérée.

Le défaut de transcription d'une mutation à cause de mort, ne peut pas entraîner les mêmes conséquences que le défaut de transcription d'un acte entre vifs, translatif de la propriété d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier. Dans ce dernier cas, la transcription a pour but de rendre opposable aux tiers la mutation de propriété qui s'est opérée *inter partes*, par le seul consentement.

Jusqu'à l'accomplissement de la formalité, l'aliénateur conserve à l'égard des tiers la faculté de disposer de l'immeuble : les droits qu'il leur confère auront leur pleine et entière efficacité, si les actes qui en constatent la transmission ou la constitution ont été publiés conformément à la loi et avant la publicité de l'aliénation. La transcription est donc la formalité qui met le nouvel acquéreur à l'abri des actes d'aliénation ou de disposition qui pourraient être consentis par le précédent propriétaire.

Tel ne peut plus être le but de la transcription, quand il s'agit d'une mutation par décès résultant, soit de la dévolution d'une sucession *ab intestat,* soit d'un legs universel ou à titre universel. Le titre de l'héritier ou du légataire n'a pas, en effet, besoin d'être consolidé à l'égard des tiers, car de deux choses l'une : ou bien les immeubles ont été aliénés par le *de cujus* avant son décès, et alors le titre n'existe pas, ou bien les immeubles étaient encore dans le patrimoine du *de cujus* au moment de son décès et il n'a pu, évidemment, se produire de la part de ce dernier une aliénation postérieure opposable à l'héritier ou au légataire ; jamais, en un mot, il n'y aura deux acquéreurs tenant leurs droits du même propriétaire.

Mais la transcription a un autre but, c'est de faire cesser un grave danger auquel les prêteurs et les acquéreurs sont exposés : un détenteur de biens héréditaires, par exemple, soit comme héritier, soit comme légataire, veut vendre ses biens ou les hypothéquer, qu'est-ce qui prouvera aux personnes avec lesquelles il veut traiter qu'il est propriétaire des biens qu'il aliène ou qu'il offre en gage ? Cette garantie n'existe pas dans notre législation. Par suite de la non-transcription des transmis-

sions par décès *ab intestat* ou testamentaires, la propriété qui dérive de ces deux modes d'acquisition reste livrée à l'incertitude du droit du successeur légitime ou du légataire.

Le tiers qui veut acquérir un droit sur l'immeuble n'a jamais en face de lui qu'un possesseur apparent et n'a aucun moyen de se renseigner. Les actes de l'état civil lui apprendront bien que tel individu est mort, mais ne le renseigneront pas sur le nom, la qualité des personnes appelées à l'hérédité, la nature des biens, enfin toutes choses qu'il lui importe au plus haut point de connaître. Si c'est, par exemple, un héritier *ab intestat* qui cède ses biens, l'acquéreur se voit perpétuellement menacé d'être évincé par un légataire institué par un testament jusqu'ici inconnu.

L'inconvénient de cet état de choses était tellement grave en matière de transactions immobilières, que la jurisprudence a dû intervenir et remédier à cette insuffisance de la loi si désastreuse pour le crédit. Depuis 1843, la Cour de cassation a établi une théorie qui se justifie moins par les textes que « par des raisons d'équité, par des puissantes considérations d'ordre et d'intérêt public qui réclament la libre et facile circulation des biens » (1). D'après cette jurisprudence, suivie par toutes les cours d'appel, les aliénations ou constitutions de droits réels

(1) Cette jurisprudence est renouvelée de celle des anciens Parlements de Paris, de Normandie, de Toulouse. Depuis 1843, elle n'a pas changé : Cass., 16 janvier 1843, S. 43, 1, 97; 16 juin 1843, S. 43, 1. 108; 26 janvier 1867, S. 67, 1. 161; 4 août 1875, S. 76, 1, 8; 3 juillet 1877, D. 77, 1, 249; 22 mars 1879, S. 80, 1, 120; 4 août 1885, S. 86, 1, 120; 10 avril 1888, D. P., 89, 1, 278; 26 janvier 1897, *Rep. not.*, 1897, p. 436 et 617. — Poitiers, 22 février 1897, D. P., 99, 137.— Caen, 1, 23 juin 1897, *Rep. not.* 1898, p. 13.

immobiliers émanées de l'héritier apparent légitime ou testamentaire au profit d'un tiers de bonne foi, doivent être respectées par l'héritier véritable.

C'est le tort du législateur de 1855 de n'avoir point suivi les indications de cette jurisprudence, qui existait douze ans avant la loi (jurisprudence née des nécessités de la pratique, mais qui n'avait, et n'a encore maintenant, aucun fondement juridique), en reconnaissant, non pas à la bonne foi, ce criterium si fragile, la puissance de purger la précarité d'un titre, mais uniquement à la transcription sur les registres.

L'enquête de 1841 fournissait aux rédacteurs de la loi de précieux documents ; la Cour de Montpellier proposait, en effet, un système par lequel les aliénations ou les hypothèques consenties de bonne foi par un héritier ou légataire apparent seraient maintenues, mais sous les conditions suivantes : 1° lorsqu'il s'agirait de succession testamentaire ou de legs particulier, que le testament eut été transcrit dans les divers bureaux de la situation des biens ; 2° lorsqu'il s'agirait de succession *ab intestat,* qu'il eût été fait par l'héritier putatif, au greffe du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, un procès-verbal portant déclaration de possession et que ce procès-verbal eût été pareillement transcrit ; 3° qu'il se fût écoulé trois années de paisible possession de la part du successeur apparent à dater de la transcription (1).

Toutes les observations que nous venons d'émettre avaient été présentées à la commission, dont quelques membres demandaient la transcription, sinon de l'héritage *ab intestat,* tout au moins de l'héritage

(1) Documents hypothécaires, I, p. 283.

testamentaire et proposaient, pour éviter des difficultés pratiques, de fixer, « à partir du décès, un délai dans lequel la transcription devrait avoir lieu, passé lequel elle perdrait ses effets rétroactifs et ne vaudrait contre les tiers que du jour où elle aurait été faite » (1). Mais la majorité de la commission, d'accord avec le projet de loi, adopta l'opinion contraire pour les motifs suivants : le légataire n'est pas partie au testament, il ne le connaît pas et il peut dépendre de l'héritier de laisser son ignorance se prolonger. On ne peut laisser, même pendant un certain temps, à la merci de l'héritier, le droit du légataire qui est sacré, puisqu'il résulte de la volonté d'un mourant, et, lui imposer la formalité de la transcription, c'est lui imposer une condition qu'il ne dépend pas de lui de remplir. Enfin, faire dépendre la validité des testaments de leur transcription, c'est altérer la faculté de tester, car la validité d'un testament ne dépendra plus du fait seul du testateur, il aura beau avoir observé toutes les prescriptions de la loi, il en restera une qu'il ne peut remplir et qui ne sera exécutée qu'après son décès et par une main étrangère.

Toutes ces raisons sont loin d'être convaincantes, mais il en est une qui, bien que ne se trouvant pas énoncée dans le rapport de M. de Belleyme, a dû décider le législateur à exclure de la transcription les donations *mortis causa*. D'après le système qui semblait tout indiqué par la jurisprudence, l'héritier premier inscrit a la qualité d'héritier apparent; si, à une époque ultérieure, un héritier plus proche se révèle, si un testament se découvre, l'héritier premier inscrit sera obligé de restituer à qui de droit

(1) Verdier, *op. cit.*, Documents législatifs, p. xxii.

la possession des biens héréditaires. Mais il a pu consentir à des tiers de bonne foi, pendant qu'il en était encore investi et dans les délais indiqués par la loi des actes de disposition à titre onéreux : ces aliénations, ces hypothèques s'imposeront au respect du légataire et de l'héritier véritable.

C'était là en somme une application du principe de force probante ou de la foi due aux registres publics que nous rencontrerons plus loin dans certaines législations étrangères, principe absolument contraire à l'esprit de la loi de 1885.

Si, maintenant, nous nous plaçons, tant au point de vue de la loi du 23 mars 1855 elle-même, que des principes généraux, la transcription des mutations à cause de mort serait nécessaire.

Avec le système de 1855 où la transcription a une valeur purement documentaire, mais ne constitue nullement une sorte de purge des différents vices légaux dont l'immeuble pourrait être atteint, on est obligé d'établir une origine de propriété très serrée remontant au moins à trente années. On sait que d'après les données de la statistique, tous les immeubles passent par la filière des successions trois ou quatre fois par siècle (au moins), s'ils ne sont pas compris dans les partages d'ascendants ; il y a donc bien des chances pour que, dans cette recherche d'origine de propriété, on arrive à un de ces possesseurs par successsion, et que, la transcription ne s'appliquant, on en perde par conséquent les traces. La généalogie de l'immeuble se trouve ainsi interrompue et peut-être deviendra-t-il impossible de l'établir au grand préjudice de l'acquéreur (1). C'est

(1) Un seul fait atténue quelquefois en pratique les inconvénients de la clandestinité des mutations par décès : c'est l'habitude prise

là une grave lacune dans un système de publicité comme le nôtre, qui n'arrive à consolider la propriété foncière qu'avec l'appui de la prescription.

Ces quelques observations démontrent pleinement l'insuffisance de la transcription française sur le point spécial du transfert de propriété. La législation existante n'organise que dans une mesure incomplète et imparfaite la publicité des titres fonciers. En fermant les registres de la conservation aux mutations par décès et aux actes déclaratifs, la loi de 1855 ne fait qu'augmenter l'incertitude déjà trop grande qui pèse sur la propriété immobilière en France. Ce qu'il faut dans tout bon régime de publicité, c'est que chaque propriétaire actuel, à quelque titre qu'il le soit devenu, sans distinction, révèle aux tiers, par l'accomplissement de formalités légales de publicité, l'origine de son droit.

SECTION II

Publicité des droits réels et des charges foncières.

La législation française ne présente pas seulement l'inconvénient de consolider le titre foncier d'une manière imparfaite, elle laisse encore planer trop souvent l'incertitude sur l'état juridique des immeu-

par les notaires de faire précéder les actes de transmission entre vifs d'une historique où sont mentionnés les propriétaires antérieurs; la transcription intégrale du titre apprend ainsi leur nom aux tiers d'une manière indirecte. Mais on voit facilement l'insuffisance d'un tel palliatif, si l'on songe que les immeubles peuvent se transmettre par acte sous seing-privé ou qu'un esprit mal entendu d'économie peut faire écourter le tableau des origines de propriété.

bles, en ne portant pas d'une manière complète les droits réels qui les grèvent à la connaissance des tiers.

Ces droits réels sont de deux espèces : les uns, opérant un démembrement de propriété, limitent les droits de jouissance (usufruit, servitude, etc.), les autres laissent le droit de jouissance au propriétaire mais grèvent l'immeuble d'une charge diminuant sa valeur, charge qui le suit entre les mains des acquéreurs successifs et qui permet au créancier, au cas de non paiement de la dette, de le saisir et de le faire vendre (privilèges et hypothèques).

Donc deux catégories de charges que nous allons examiner successivement.

A. — Droits réels opérant un démembrement de propriété.

L'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII était ainsi conçu : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés ».

La loi de 1855 a reproduit la même disposition dans son art. 1er : « Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens : tout acte entre vifs translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque ».

Mais quels sont les droits susceptibles d'hypothèque. La loi de brumaire, dans son article 6, en nommait trois : la propriété, l'usufruit et l'emphythéose.

L'art. 2118 du Code civil, en fait de droits réels autres que la propriété, n'énumère plus que le droit d'usufruit. Que faut-il décider pour l'emphythéose ?

C'est là une question très controversée. Dans l'an-

cienne jurisprudence et sous l'empire de notre vieux droit français, la convention d'emphitéose perpétuelle ou temporaire, conférait un droit réel immobilier, cela est certain, et comme tel susceptible d'hypothèque. Mais le Code civil n'a parlé nulle part de cette convention. Des auteurs ont conclu que la jouissance d'un immeuble cédé à titre d'emphitéose n'est qu'un louage ordinaire, ne conférant au preneur qu'un droit de jouissance, non susceptible par conséquent d'hypothèque. Cette opinion s'appuie sur une considération sérieuse, c'est qu'il est conforme à l'esprit de nos lois de refuser aux particuliers la faculté de créer des droits réels nouveaux autres que ceux qui sont établis par le Code.

Le silence du Code sur l'emphitéose, disent-ils, est d'autant plus significatif que les rédacteurs de la loi avaient sous les yeux le texte de la loi de brumaire qui la mentionne expressément.

Nous croyons cependant, avec M. Planiol (1), qu'il est bien probable que sa prétérition a eu pour cause l'idée que ce contrat n'existait plus et n'offrait plus d'utilité ; mais il a survécu dans la pratique et la jurisprudence moderne admet que l'emphitéose constitue un droit réel et qu'elle peut être hypothéquée, c'est là une de ses décisions les plus hardies (2). Ce caractère ayant toujours été reconnu, l'obligation de transcrire en résulte nécessairement. Par suite l'emploi du pluriel « *droits réels susceptibles d'hypothèque* » mots que la loi de 1855 a reproduit de la loi de brumaire, à côté de la mention expresse qu'elle

(1) Planiol : Traité de droit civil, 2e édit., tome Ier, p. 629.

(2) Cassation, 19 juillet 1832, S. 32, 1, 153. Cassation, 26 janvier 1864, D. 64, 1, 83. — Grenoble, 4 janvier 1860, D. 60, 2, 190. — Cette jurisprudence est consacrée par le projet de Code rural, titre V du livre Ier.

fait du droit de propriété, trouve encore son application, puisque ces droits sont actuellement au nombre de deux : l'usufruit et l'emphitéose.

Il faut enfin faire rentrer dans les droits réels susceptibles d'hypothèque et soumis à la transcription, le droit de superficie et une de ses applications, le droit du domanier, dans le cas de bail à domaine congéable encore usité en Bretagne.

Le législateur de 1855 a réalisé un progrès très sensible sur celui de brumaire en soumettant, par son art. 2, à la publicité, des droits réels non susceptibles d'hypothèque, dont la divulgation intéresse au plus haut point les tiers :

Art. 2. — Sont également transcrits :

1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation;

2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits;

3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale;

4° Les baux d'une durée de plus de dix-huit années;

5° Tout jugement constatant, même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyer ou fermages non échus.

Cette extension de la loi de brumaire est des plus heureuses, car les droits d'usage, d'habitation et certaines servitudes peuvent constituer une atteinte sérieuse à la valeur d'un immeuble.

Le législateur a été également bien inspiré en étendant la nécessité de la transcription à certains droits qui assurément déprécient la valeur du gage foncier, mais ne constituent pas des droits réels, au sens juridique du mot. L'antichrèse, telle qu'elle a

été organisée par le législateur de 1804, qui ne la définit même pas, ne confère pas à l'antichresiste un droit bien caractérisé. Par certains côtés, elle tient du droit réel, par d'autres elle rentre dans la catégorie des droits personnels, elle flotte sans cesse entre ces deux droits opposés. Aussi la question de la nature du droit du créancier antichresiste a été fort débattue et est encore controversée, controverse, dit fort judicieusement M. Planiol (1), dépourvue d'intérêt pratique, toutes les solutions de détails étant les mêmes dans l'un et l'autre système. Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas que le législateur de 1855 ait eu l'intention de trancher la question ; rétablissant l'ancienne jurisprudence qui ordonnait l'enregistrement du mort-gage ou antichrèse, il a prescrit la transcription de droit qui subsiste malgré le décès du créancier jusqu'au remboursement de la dette et excède fréquemment, par sa durée, le terme naturel de l'usufruit, droit opposable aux tiers, notamment aux créanciers du débiteur et que ceux-ci ont, par conséquent, intérêt à connaître.

D'après les paragraphes 4 et 5, les baux à long terme et les quittances anticipées de plusieurs années de loyer doivent être transcrites (2). « On sent,

(1) Planiol, *op. cit.*, tome II, p. 753.

(2) La cession de loyers ou de fermages remplace aujourd'hui volontiers l'antichrèse dont elle n'a pas l'inconvénient principal parce qu'elle ne dépossède pas le débiteur. Cette convention, comme dans l'ancien droit, était regardée avec défaveur ; c'était un moyen de fraude contre les tiers et une cause de ruine pour le débiteur. Elle fut reconnue licite dans notre Code, mais pendant longtemps la jurisprudence la traita comme suspecte et l'annula volontiers. (Douai, 26 février 1850, Dalloz, 52, 2, 78. Colmar, 6 août 1851, D., 55, 2, 258.) Dans l'enquête de 1841, quelques Facultés et Cours d'appel proposèrent de passer ces contraventions sous silence : à quoi bon les faire transcrire, disait-on, presque toujours elles sont annulées comme frauduleuses. En Belgique, en 1851, on ne les a même pas nommées dans la loi du 16 décembre, parce qu'on n'a

disait le rapporteur, M. de Belleyme, toute l'influence que peut exercer sur la valeur d'une propriété l'existence de pareils actes ; son utilité, son produit, sa jouissance sont affectés de telle sorte qu'il y a, pour l'acheteur ou le prêteur sur hypothèque, un légitime intérêt à les connaître ». « Nous ne nous sommes pas dissimulé, s'empressait-il d'ajouter, que la publicité donnée aux baux et aux quittances de loyer était une invasion faite dans le domaine des droits personnels, une dérogation au principe de la liberté et au secret des conventions privées, mais elle nous a paru justifiée et absolument nécessaire ; nous l'avons donc acceptée comme une condition indispensable du but que la loi se propose ». Ces sages prescriptions répondaient en outre aux nombreux vœux émis dans ce sens lors de l'enquête de 1841.

La loi de 1855 pourvoit en somme d'une manière assez satisfaisante à la publicité des droits réels autres que les privilèges et les hypothèques. Il est regrettable cependant qu'elle procède par énumération et ne pose pas, à l'exemple de la loi belge de 1851, un principe général embrassant tous les droits réels.

La plupart des critiques que nous avons formulées en étudiant les transferts de propriété au point de vue des actes qui sont soumis à la transcription, dans le système français, trouveraient ici leur place ; ainsi, par exemple, un acte entre vifs reste toujours nécessaire, d'où cette bizarrerie, que l'usufruit constitué par testament s'impose au respect des tiers

pas voulu donner la consécration législative à des actes de mauvaise foi. Quand la loi française de 1855 les a mentionnées pour les soumettre à la publicité, elle les a donc en quelque sorte réhabilitées.

sans avoir jamais besoin d'être rendu public, tandis que ces derniers peuvent toujours ignorer l'usufruit constitué par un acte entre vifs non transcrit. Enfin, en matière de servitudes, il est permis de regretter le laconisme de la loi qui a donné lieu aux plus graves controverses pour les servitudes légales et la mitoyenneté.

B. — Privilèges et Hypothèques.

Nous sommes arrivés à la partie de notre législation civile la plus universellement critiquée, c'est celle qui a pour objet la publicité des privilèges et des hypothèques.

On admet aujourd'hui, d'une manière unanime, que deux conditions sont essentielles pour l'établissement d'un bon régime hypothécaire : la publicité et la spécialité. Aucun droit réel ne diminue dans une plus forte proportion que l'hypothèque la valeur des immeubles qu'il grève ; il ne se manifeste aux tiers par aucun signe extérieur, c'est un droit occulte par nature, son inscription sur les registres publics peut seule assurer la sécurité des acquéreurs ou autres créanciers. Mais cette inscription ne leur serait d'aucun secours si elle leur laissait ignorer l'étendue de l'hypothèque et le quantum des créances qu'elle a pour but de garantir ; en un mot, si elle n'était spécialisée. La spécialité peut, en effet, s'envisager à un double point de vue. Il y a, en premier lieu, la spécialité dans l'acte constitutif d'obligation, c'est celle de l'art. 2129 du Code civil ; elle ménage surtout le crédit du débiteur en délimitant la garantie qu'il fournit, mais elle favorise aussi le créancier, puisqu'elle lui assigne un gage particulier et certain. La spécialité se conçoit encore dans l'inscription, c'est à cette idée que se rapporte l'art. 2148. Cette spécialité est

dans l'intérêt des tiers, c'est incontestable ; mais, comme on l'a justement fait remarquer, elle est également très utile à l'emprunteur, car elle ménage son crédit en annonçant aux tiers la portion de son actif immobilier qui est grevée.

Le Code civil a bien accueilli ces deux principes, considérés de nos jours comme des axiomes en matière législative ; mais ce n'est qu'à regret qu'il leur a donné droit de cité dans son œuvre, en les entourant de restrictions nombreuses, pour lesquelles les auteurs de la loi de 1855 ont montré encore trop de respect. Un rapide examen des dispositions de notre code hypothécaire va nous en convaincre.

Nous parlerons d'abord des privilèges.

En règle général, les privilèges immobiliers ne se conservent, à l'égard des tiers, que par l'inscription. Par exception, les privilèges généraux prévus par l'art. 2101, quand ils portent sur des immeubles, le mobilier du débiteur ne constituant, pour les créanciers qui en sont investis, qu'une garantie incomplète, sont dispensés de toute inscription (art. 2107). « Il y a des engagements, disait Bigot-Préameneu, qui, par leur objet ou des principes d'humanité et de justice, doivent être exécutés de préférence aux autres conventions et conséquemment aux hypothèques qui en sont l'accessoire. Ce sont les créances qui, par ces motifs, sont mises comme privilégiées dans une classe à part. Il faut qu'à cet égard les règles de l'équité soient aussi impérieuses que certaines, puisqu'elles se retrouvent dans tous les temps et dans tous les codes » (1).

Toutes les raisons ordinairement invoquées au sujet du caractère favorable des créances protégées et

(1) Fenet, tome xv, p. 225.

de leur faible importance, ne sont, à notre avis, que spécieuses ; prises individuellement, ces créances sont, en effet, minimes, mais leur accumulation peut arriver à un chiffre élevé, ce qui conduit facilement à l'épuisement du gage des créanciers hypothécaires, dans les petites successions où elles se trouvent souvent réunies.

Une pareille théorie ne se comprend guère que pour le privilège des frais de justice qui ont pour but d'assurer le paiement des sommes dont la dépense a profité à l'ensemble des créanciers, puisqu'elles ont servi à réaliser leur gage commun.

L'art. 2107 est conçu en termes généraux, cependant la dispense qu'il établit n'est pas absolue, car il est écrit dans une section où la loi ne s'occupe que du droit de préférence, et suppose que les créanciers privilégiés veulent exercer leurs droits sur des immeubles appartenant encore à leur débiteur et sont en conflit avec ses autres créanciers. On en conclut généralement que la dispense n'existe que pour le droit de préférence et que, si les créanciers pourvus d'un privilège général veulent exercer un droit de suite contre l'acquéreur d'un immeuble, ils doivent se conformer à la règle générale et avoir pris inscription en temps utile. L'art. 2166 s'exprime en termes suffisamment absolus pour qu'il n'y ait point d'exception pour les privilèges généraux : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite... ».

Le principe de publicité semble, à première vue, s'appliquer strictement aux privilèges immobiliers spéciaux qui ne peuvent être conservés vis-à-vis des tiers que par une inscription. Mais, dès que cette inscription est prise en temps utile, le rang du privilège devient un rang de faveur qui lui permet de

primer toutes les hypothèques, même antérieurement inscrites. Quoique déjà consacrée par la loi du 11 brumaire an VII, cette rétroactivité n'en produit pas moins des conséquences fort regrettables pour le crédit hypothécaire ; elle expose des prêteurs, qui ont pris toutes leurs précautions, à se voir évincer ultérieurement par l'effet d'un droit de préférence que rien ne leur révélait au moment de leur contrat.

Pour justifier cette idée, nous allons passer en revue les principaux privilèges immobiliers spéciaux.

Le plus important est le privilège du vendeur. Aux termes de l'art. 2108, il se conserve par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur et qui constate que la totalité ou une partie seulement du prix lui est due ; la transcription dans ce cas vaut inscription ; cependant, le conservateur des hypothèques est tenu, sous peine de dommages-intérêts envers les tiers, de prendre une inscription d'office sur les registres pour les créances résultant de l'acte translatif de propriété. Il semble donc que les intéressés n'auront qu'à prendre connaissance du registre pour savoir si un privilège de cette nature peut leur être opposé. Avec la loi de 1855 rétablissant la transcription comme condition du transfert de propriété à l'égard des tiers, on est tout porté à croire que si l'acte de vente constate que le prix est encore dû au vendeur, la transcription de cet acte fera connaître au public et la mutation de propriété, et l'existence du privilège. Mais on oublie que la transcription peut s'opérer valablement tant que l'immeuble demeure entre les mains de l'acquéreur. Un temps fort long s'écoulera peut-être entre le jour où le privilège est né, soit le jour de la vente, et celui où il est rendu public, soit le

jour de la transcription ; pendant cet intervalle, l'acquéreur peut consentir des hypothèques, mais elles seront primées par le privilège qui, pouvant être invoqué par le vendeur à quelque époque qu'ait lieu la transcription, rétroagira au jour de l'aliénation. — On dit que, pour éviter ce danger, les créanciers n'auront qu'à consentir aucun prêt tant que le titre de l'emprunteur n'aura pas été transcrit, mais l'emprunteur peut toujours tourner la difficulté en prétendant que le bien offert en gage a toujours été dans la famille et lui est venu par succession.

Le danger que courent les tiers peut être en quelque sorte infini, ou tout au moins prolongé. Conformément à l'art. 2154, l'inscription d'office du privilège par le conservateur est assujettie au bout de dix ans à la condition du renouvellement. Mais, en cas d'omission, l'inscription peut toujours être requise utilement, pourvu que l'immeuble ne soit pas sorti des mains de l'acquéreur et qu'il ne se soit pas produit un de ces évènements qui arrêtent le cours des inscriptions, tels que faillite, liquidation judiciaire, décès suivi d'acceptation bénéficiaire, etc. Dans ces occurrences, le défaut de renouvellement de l'inscription d'office du privilège du vendeur ne causera aucun préjudice à celui-ci. Il pourra, à toute époque, requérir une inscription qui conservera l'intégralité de son droit et lui assurera la préférence sur le prix de l'immeuble grevé, à l'encontre de tous les créanciers hypothécaires de l'acheteur.

Il est inutile d'insister, croyons-nous, sur les atteintes que portent au crédit foncier ces diverses solutions. Le législateur aurait dû limiter à un délai fixe le temps pendant lequel le vendeur pourrait utilement inscrire son privilège, nonobstant toute inscription hypothécaire du chef de l'acheteur.

« Avec le système actuel, dit M. Ferron, les sous-acquéreurs sont dans une position bien supérieure à celle des créanciers hypothécaires : car, au cas de revente, le premier vendeur qui n'a pas, dans un délai de 45 jours, à partir de son propre contrat, rempli les formalités nécessaires pour la conservation de son privilège, en est complètement déchu si la revente a été transcrite la première » (1). Pour le privilège du copartageant, la fixation d'un délai de soixante jours à dater du partage, atténue dans une large mesure les suites fâcheuses de la rétroactivité ; mais il ne faut pas oublier que rien ne vient apprendre aux tiers le fait générateur du privilège, puisque le partage reste clandestin, par conséquent, nouvelle source d'incertitudes et de mécomptes.

Le privilège de la séparation de patrimoine n'est accordé qu'aux légataires ou créanciers du défunt, qui peuvent sauvegarder leurs droits en s'inscrivant dans les six mois qui suivent l'ouverture de la succession (art. 2111) ; mais, sauf ce point, tous les détails de la théorie, dans lesquels nous ne voulons en aucune façon entrer, sont contestés et contestables soit en doctrine, soit en jurisprudence. Les sûretés qui constituent ces deux derniers privilèges, par leur nature même, ne peuvent être publiées au moment précis où elles prennent naissance. Il faut, en effet, que le créancier privilégié ait le temps moral pour sauvegarder ses droits, par conséquent un certain délai. Si ce délai est assez court, les créanciers hypothécaires pourront, avec un peu de prévoyance, se mettre à peu près à l'abri du danger. Mais, inscrit après le délai, le privilège se trans-

(1) Ferron, *op. cit.*, p. 186.

forme en une hypothèque légale, qui ne prend rang qu'à sa date.

Nous pourrions faire les mêmes remarques au sujet des privilèges immobiliers établis par deux lois du 5 septembre 1807. Le premier grève, au profit du Trésor, les immeubles des condamnés pour assurer le recouvrement des frais de justice, en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police : il conserve son rang spécial, à condition d'être inscrit dans les deux mois qui suivent la condamnation (1).

Le second privilège grève les immeubles, acquis à titre onéreux, par les comptables de deniers publics, depuis leur nomination ; il doit être inscrit dans les deux mois, à compter du jour où l'acte de transfert a été enregistré, délai qui s'augmente en fait de celui qui s'écoule entre la date de l'acte et son enregistrement. Jamais l'inscription n'indique le quantum des droits du Trésor qu'il s'agit de sauvegarder ; la loi leur sacrifie donc, de propos délibéré, ceux des tiers ayants cause du comptable.

Au point de vue du droit de suite l'inscription ne peut être prise, même dans les délais ci-dessus indiqués, après la transcription des actes d'aliénation consentis par le condamné ou par le comptable, cette disposition de l'art. 6 de la loi de 1855 met ainsi à couvert les sous-acquéreurs.

Il nous reste enfin à examiner deux privilèges, qui répondent à peu près aux exigences que réclame le crédit des propriétaires fonciers, c'est-à-dire la publication du privilège au moment même où il naît ;

(1) En pratique, des retards inévitables empêchent toujours le Trésor de s'inscrire en temps utile, ce qui transforme le privilège en simple hypothèque légale ne prenant rang qu'à partir de son inscription.

ce sont le privilège des architectes et ouvriers et celui des concessionnaires de travaux de dessèchement de marais ou de drainage.

La publicité du privilège des architectes est mise en œuvre par deux inscriptions : celle du procès-verbal constatant l'état des lieux et celle du procès-verbal de réception. M. Besson fait remarquer que l'art. 2110 a eu le tort « de ne fixer aucun délai pour l'inscription du procès-verbal de l'état des lieux, il n'ordonne pas que le privilège soit inscrit avant le commencement des travaux, de sorte que cette inscription peut n'avoir lieu qu'après l'achèvement des constructions »; ce qui serait désastreux pour les tiers prêtant leurs capitaux de bonne foi en considération de la plus-value incorporée à l'immeuble. Aussi admet-on généralement que le privilège de l'architecte et des ouvriers, inscrit pendant ou après l'exécution des travaux, ne prend rang qu'à dater de son inscription au regard des créanciers inscrits depuis le commencement des travaux. Toute controverse aurait été évitée si le Code avait reproduit textuellement l'art. 13 de la loi de brumaire an VII, qui imposait expressément aux ouvriers voulant retenir leur droit de préférence, de prendre la première inscription avant le commencement des travaux. Il y aurait lieu de faire les mêmes observations au sujet du privilège qui garantit les sommes dues à l'Etat ou au concessionnaire, en matière de travaux de dessèchement de marais (loi du 16 septembre 1807, art. 23), et du privilège, accordé par la loi du 17 juillet 1856, sur la plus-value des immeubles drainés, au Trésor public, aux prêteurs, aux syndicats et aux entrepreneurs ; privilèges dont nous ne parlons ici que pour mémoire.

La publicité des hypothèques est encore moins

rigoureusement organisée que celle des privilèges. Pour la clarté de l'exposé, nous diviserons en trois groupes les différentes sortes d'hypothèques.

Dans un premier, nous examinerons l'hypothèque conventionnelle ; dans un second, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics ; enfin, le troisième sera consacré à l'étude de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

I. Nous n'avons rien à dire des hypothèques conventionnelles, puisque le Code civil lui-même impose pour celles-ci la règle de la publicité et de la spécialité. Nous réservons pour les deux chapitres suivants les critiques dont notre système hypothécaire peut être l'objet au sujet de la forme et des effets de la publicité. Nous ferons cependant la remarque suivante : En principe, le Code civil décide que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués (art. 2129 *in fine*). Toutefois, il admet qu'ils soient l'objet d'une hypothèque complémentaire au cas où les biens présents grevés seraient insuffisants pour la sûreté de la créance ; dans ce cas, alors, les biens à venir se trouvent atteints au fur et à mesure de leur acquisition (art. 2130).

Bien que les tribunaux bornent dans les limites les plus étroites cette faculté exceptionnelle, elle n'en présente pas moins de graves inconvénients. De même que jadis les usuriers faisaient souscrire aux fils de famille des lettres de change pour les soumettre à la contrainte par corps, de même aujourd'hui ils leur font acquérir un immeuble de peu de valeur et souscrire une obligation considérable. On affecte au remboursement par hypothèque spéciale

l'immeuble présent, et subsidiairement par hypothèque générale les immeubles à venir ; de la sorte, les biens héréditaires se trouvent engagés avant qu'ils ne soient entrés dans le patrimoine de l'emprunteur.

En 1841, les cours d'appel se prononcèrent en majorité pour le maintien de l'art. 2130, mais en 1850, la commission de la réforme hypothécaire s'était élevée très résolument contre cette sorte de substitution retournée, qui ne pouvait profiter, disait M. de Vatimesnil, dans son rapport, « qu'aux fils de famille qui escomptent les successions de leurs parents » (1).

La pratique a compris le parti qu'elle pouvait tirer de l'art. 2130, et la clause est devenue de style dans beaucoup d'études de notaire, ce qui a contribué encore, dit M. Planiol, à rapprocher notre régime hypothécaire moderne du régime de l'ancien droit qui admettait l'hypothèque générale (2). Il y aurait, croyons-nous, tout avantage à proscrire cette hypothèque sur biens à venir. Elle ne peut intéresser que les prêteurs à petite semaine et à grosse aventure ; la loi ne doit pas favoriser les moyens de crédit qui, loin de faciliter la conclusion d'affaires sérieuses, ne servent d'ordinaire qu'à entraîner la ruine des prodigues et des faibles d'esprit.

La Belgique et l'Italie ont supprimé la disposition de l'art. 2130.

II. L'hypothèque légale de l'Etat, des départements, communes, syndicats de communes et établisse-

(1) Rapport fait à l'Assemblée nationale législative par M. de Vatimesnil, cité par la *Revue de législation*, 1850, p. 111.

(2) Planiol, tome II. 2e édition, p. 836. — M. Planiol fait cependant remarquer dans une note, « que si l'hypothèque conventionnelle est devenue générale par son mode de constitution, elle reste *soumise pour son inscription à la règle de la spécialité* ».

ments publics, sur les biens des comptables, est générale, mais elle n'est pas dispensée d'inscription.

Bien appliqué, ce système ne présenterait pas de grands inconvénients, car, ainsi qu'on l'a fait observer, les comptables sont peu nombreux ; peu importerait, au point de vue du crédit, que quelques immeubles fussent soustraits à la circulation. Mais encore faudrait-il que ces immeubles fussent connus des tiers ; on sait qu'une seule inscription frappe tous les immeubles présents et à venir du comptable situés dans l'arrondissement où elle est prise. Il importerait donc que cette hypothèque légale fut spécialisée, quant à la somme à inscrire ; cette somme pourrait être fixée suivant la valeur de l'immeuble et d'après une proportion déterminée par la loi elle-même ou par un règlement d'administration publique. Cette spécialisation quant aux sommes, amènerait comme conséquence naturelle la spécialisation de l'hypothèque quant aux immeubles, l'hypothèque ne devant être inscrite que pour une somme déterminée d'après la valeur de chaque immeuble.

II *bis*. D'après l'article 2123, l'hypothèque judiciaire est une hypothèque générale que la loi attache à tout jugement qui condamne un débiteur à exécuter son obligation, elle est également la conséquence de toute reconnaissance ou vérification en justice d'un écrit sous seing privé.

Nous ne nous étendrons pas sur les origines historiques de cette hypothèque. M. Planiol, dans son *Traité de droit civil* (1), a nettement distingué les deux applications de l'hypothèque judiciaire : l'hypo-

(1) Planiol, *op. cit.*, tome II, p. 855 et suiv.

thèque attachée aux jugements de condamnation et l'hypothèque des actes privés reconnus en justice.

Pour la plupart des auteurs, l'hypothèque judiciaire serait plus récente que l'hypothèque des actes notariés et son introduction ne remonterait pas au delà du XVI^e^ siècle. M. Planiol montre que le droit de préférence accordé au créancier qui a obtenu un jugement est beaucoup plus ancien. « On pourrait presque dire qu'elle (l'hypothèque judiciaire) a existé de tout temps ; elle dérive de l'ancien *pignus ex causa judicati captum* des Romains, que nos auteurs appelaient *pignus judiciale ;* on la retrouve déjà à la fin du XIII^e^ siècle, dans Beaumanoir, et au commencement du XIV^e^ siècle, dans la très ancienne coutume de Bretagne » (1). L'ordonnance de Moulins, de 1566, dont l'art. 53 est ainsi conçu : « dès lors et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort... sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécution du jugement ou arrêt sur lui obtenu », est généralement considérée comme donnant naissance à l'hypothèque judiciaire, tandis qu'elle se borne simplement à reporter au jour même de la sentence la date de l'hypothèque ; elle en change le rang mais ne le crée pas.

Dans notre vieux droit coutumier, toute obligation de somme passée devant notaire emportait hypothèque ; les actes sous seing privé étaient par conséquent dépréciés ; pour leur communiquer la force qui leur manquait, on imagina de les faire vérifier en justice ; cette vérification leur conférait l'authenticité, et, avec elle, la force hypothécaire. La première rédaction de la coutume de Paris, en 1510, décida, dans

(1) PLANIOL, *op. cit.*, tome II, p. 856.

son article 78, qu'une « cédule privée qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement ». L'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) emprunta cette décision, en fit une loi générale pour toute la France et conféra l'hypothèque à la vérification d'écriture. Enfin, quand on revisa la coutume de Paris, en 1580, les rédacteurs donnèrent une formule qui est l'expression d'un système parfaitement logique : « Cédule privée qui porte promesse de payer emporte hypothèque du jour de la confession ou reconnaissance d'icelle en jugement ou par devant notaire... ou du jour de la dénégation en cas que, après, elle soit vérifiée » (art. 107). Le décret du 9 messidor an III, la loi du 11 brumaire an VII et le Code civil ont supprimé l'hypothèque de plein droit des actes notariés et déclaré par là que l'hypothèque ne résulterait plus que d'une convention spéciale et expresse. Mais arrivé au titre de l'hypothèque judiciaire, on a méconnu la réforme opérée et on a continué à vivre sur les souvenirs d'autrefois. Treilhard, l'un des rédacteurs, disait : « On obtient des condamnations contre un citoyen ; les jugements ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des contrats authentiques. Voilà l'hypothèque judiciaire » (1). C'est tout le contraire qu'il eût fallu dire. Quoi qu'il en soit, la suppression de l'hypothèque judiciaire est réclamée depuis un demi-siècle par les plus éminents jurisconsultes. En 1850, M. de Vatimesnil la demandait au nom de la réforme hypothécaire ; M. Bethmont, rapporteur au Conseil d'Etat, était du même avis. L'Assemblée Législative vota l'abrogation pro-

(1) Treilhard : Exposé des motifs des privilèges et hypothèques. (Motifs et conférences du Code civil. Edition Didot, tome 1er, p. 75).

posée et l'exemple fut suivi par la Belgique, la Roumanie, Genève et la plupart des cantons suisses ; à son tour, la sous-commission juridique de la Commission extra-parlementaire du cadastre en a décidé la suppression, comme nous le verrons dans la troisième partie.

Nous ne voulons pas dans ce travail faire une étude approfondie de l'hypothèque judiciaire, ce serait matière à une thèse volumineuse (1). Ce qu'il importe, c'est de présenter quelques observations générales en nous éloignant le moins possible de notre sujet : la publicité des hypothèques.

L'hypothèque judiciaire est bien publique, puisqu'elle est soumise à l'inscription, mais elle a le grave tort d'échapper à la spécialité, complément indispensable de la publicité ; on sait, en effet, qu'elle est générale et grève tous les biens présents et à venir du débiteur. Elle prend naissance de plein droit par l'effet du jugement, par cela seul qu'il reconnaît l'existence d'une obligation appréciable en argent, même si la condamnation est éventuelle et indéterminée. Il est vrai qu'un remède à la généralité se trouve dans les art. 216 et suivants permettant à l'inscription d'être restreinte par autorité de justice, sur la demande du débiteur, lorsqu'elle est devenue excessive. Ce serait là assurément une atténuation aux inconvénients de l'hypothèque générale si les lenteurs de cette procédure et par conséquent les frais, ne rendaient cette disposition du Code à peu près illusoire (2).

(1) Bibliographie. Challamel : L'hypothèque judiciaire, Paris 1879, et surtout son rapport la suppression de l'hypothèque judiciaire. Procès-verb. Comm. du Cadastre. Fasc. VII, p. 83 et suiv. — Marquès : Hypothèque judiciaire, Paris, 1889.

(1) M. Besson, *op. cit.*, p. 148, cite comme exemple, une instance en réduction introduite en 1855 et qui ne s'est terminée que quatre ans après par un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1889.

Si, quittant pour un instant le point de vue de la publicité, nous examinons le principe même de l'hypothèque judiciaire, nous voyons que cette institution est aujourd'hui à peu près unanimement condamnée. Ses quelques partisans essayent de la justifier en disant que, sans l'hypothèque judiciaire, le débiteur pourrait impunément aliéner on hypothéquer ses immeubles après sa condamnation, frustrer ses créanciers et se jouer ainsi, au grand péril de l'ordre social, de l'autorité qui doit s'attacher aux décisions de la justice.

On a répondu que ce moyen de contrainte était contraire à la justice. L'hypothèque judiciaire, en effet, viole la loi du contrat en établissant l'inégalité entre les créanciers qui n'ont stipulé aucune garantie particulière, et que leur incapacité ne recommande pas spécialement à la sollicitude du législateur. On ne voit pas pourquoi des créanciers, qui viennent ensemble au marc le franc en invoquant leurs titres de créance, se priment les uns les autres, lorsque ces mêmes titres sont revêtus de la formule exécutoire ; que devient le principe du concours que proclame l'art. 2092 ? Au point de vue théorique, le jugement ne saurait suppléer chez le débiteur la volonté d'hypothéquer, ni celle de donner au créancier poursuivant un droit exclusif de celui des autres créanciers chirographaires. Le jugement ne doit pas modifier la nature du droit déduit en justice, il confère seulement une faculté nouvelle, celle d'exercer une saisie.

« Est-il même exact, dit M. de Loynes, que l'hypothèque judiciaire mette le créancier à l'abri de la fraude du débiteur, à l'abri des actes par lesquels il cherchera, suivant une heureuse expression, à s'insolvabiliser ? Evidemment non. Car, pendant toute la

durée de l'instance, qu'il saura au besoin prolonger, il conserve la faculté de disposer de ses biens, d'hypothéquer ses immeubles. Le créancier n'a alors que la ressource de l'action paulienne, et on sait à quel point le succès en est incertain » (1).

Déjà critiquable sur le terrain du droit pur, ajoutent ses ennemis, l'hypothèque judiciaire n'entraîne que des inconvénients dans la pratique. Ce droit de préférence, loin d'être une application de la règle romaine : *jura vigilantibus succurunt,* n'est, la plupart du temps, que le prix de la course, quand il n'est pas le fruit du hasard, En effet, il dépend souvent du hasard d'une procédure, d'une mise au rôle, d'un incident, d'une plaidoirie, du retard d'un rapport, de la maladie d'un juge, de l'encombrement du tribunal, etc..., etc...

L'hypothèque judiciaire vient donc enflammer l'ardeur des créanciers en promettant à ceux qui se hâteront le plus, l'avantage de passer avant les autres ; de là d'innombrables procès de pure forme, ne soulevant pas véritablement un litige et dont l'introduction n'a qu'un but : obtenir une hypothèque judiciaire. Procès qui sont le plus souvent funestes au débiteur, car l'exemple du premier créancier qui obtient cette hypothèque détermine souvent les autres à agir pour en obtenir, eux aussi, une semblable, et il en résulte une débâcle qui ne serait pas arrivée si aucun droit de préférence n'avait été accordé au premier poursuivant.

Elle est enfin souvent un instrument de fraude : le débiteur qui veut soustraire à ses créanciers tout ou partie de son patrimoine immobilier, se laisse condamner au profit d'un confrère dont l'inscription le

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.* : Introduction de M. de Loynes, p. lxxxiii.

met à l'abri des condamnations postérieures. Les défenseurs de l'hypothèque judiciaire ont enfin soutenu qu'elle était favorable au débiteur et l'on entend par là « l'honnête homme embarrassé ». « Il y a pour tout le monde, dit M. Faye, et surtout pour les propriétaires, de mauvais jours et il faut, dans ce moment là, leur donner le moyen de se libérer et non de tuer leur crédit ; l'hypothèque judiciaire, en permettant au créancier de s'assurer un gage, l'autorise à lui accorder quelque délai » (1).

A cette objection, M. Challamel, dans son rapport, répond que, lorsqu'un débiteur est dans un état de gêne momentanée, il n'est pas besoin de l'hypothèque judiciaire pour lui venir en aide : il trouve à emprunter et, grâce aux années heureuses qui viennent ensuite, il refait sa propriété. Le créancier qui a confiance donne des délais et ne prend pas jugement contre son débiteur, mais si elle est assez ébranlée pour qu'il ait besoin d'un gage, il l'obtiendra moins chèrement, du débiteur lui-même, par voie d'hypothèque conventionnelle.

Cette hypothèque, conclut M. Challamel, « est la plus mortelle ennemie du débiteur, en ce qu'elle donne une prime aux poursuites ».

Elle est aussi la plus mortelle ennemie des créanciers, en ce qu'elle ne leur apporte qu'injustice et déception. Le plus souvent, en effet, les inscriptions d'hypothèque judiciaire ne viennent pas en rang utile et, comme le disait M. Pougeard, « les créanciers ont la perte de leurs frais pour s'indemniser de la perte de leur créance » (2).

(1) Procès-verbaux comm. du Cadastre. Séance du 3 nov. 1892. Fasc. III, p. 49.

(2) Explications de M. Pougeard, représentant du peuple, à l'appui du projet de loi sur la réforme hypothécaire, 1850.

Si certains auteurs, comme M. Planiol (1), ont demandé, non la suppression pure et simple de l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation, mais son amélioration ; si certains autres proposent, comme nous le verrons dans la troisième partie, d'édicter en remplacement certaines mesures protectrices, conformes à la justice et sauvegardant les droits du créancier sans compromettre les intérêts du débiteur, il n'y a qu'une voix sur l'opportunité de la suppression complète de l'hypothèque judiciaire, que l'art. 2123 attache aux actes privés reconnus ou vérifiés en justice. Simple extension, avons-nous vu, de l'hypothèque générale tacite des actes notariés, elle aurait dû disparaître en même temps que celle dont elle dérivait. Supposons un prêt constaté par un simple billet sous seing privé, pour lequel le débiteur a refusé d'hypothéquer son bien ; le lendemain, le créancier assigne son débiteur en vérification d'écriture; le débiteur, de bonne foi, reconnaît immédiatement sa signature. Voilà ce créancier pourvu, malgré le débiteur, et sans motifs sérieux, d'une hypothèque générale sur tous ses biens présents et à venir, alors que le débiteur avait refusé, quelques jours auparavant, toute espèce de garantie de ce genre.

Cette hypothèque est très dangereuse, car elle permet aux parties d'éluder la règle de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, en prenant la voie détournée des jugements convenus ou d'expédient.

« Vainement, dit M. Besson, la loi du 3 septembre 1807, en vue de remédier à cet abus, a-t-elle décidé que si la créance vérifiée ou reconnue est non exigible ou conditionnelle, l'hypothèque ne pourra être

(1) Planiol, *op. cit.*, tome II, p. 865.

inscrite qu'après l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition. Pour que cette prescription reste inefficace, il suffit que le billet soit stipulé payable à vue ou antidaté » (1).

On sait que l'Alsace est la terre classique de l'usure. Aussi, la Faculté de droit de Strasbourg, lors de l'enquête de 1841, mettait déjà en pleine évidence le parti que les prêteurs à la petite semaine savent tirer de l'hypothèque judiciaire « les rédacteurs du Code civil, disait-elle, ont défendu de stipuler des hypothèques générales ou des hypothèques sur biens à venir, mais par une imprévoyance dont il est difficile de se rendre compte, ils ont laissé la facilité d'arriver indirectement à l'établissement de pareilles hypothèques ; il suffit pour cela que l'emprunteur souscrive un billet et que de son consentement le prêteur prenne un jugement de condamnation..... Ajoutons que ce sont surtout les personnes qui se livrent à des opérations usuraires qui ont recours à l'expédient que nous avons signalé. Ce qui les porte à user de ce moyen, c'est l'extrême facilité qu'elles trouvent à masquer l'usure en la faisant pour ainsi dire consacrer par l'intervention de la justice » (2).

Ces expédients, résultat d'un système contre lequel on ne saurait trop s'élever et qui à eux seuls le condamnent, sont d'un usage très fréquent aujourd'hui, surtout dans nos campagnes.

En résumé, en affectant d'une manière illimitée les biens présents et à venir du condamné, souvent bien au-delà de ce qu'exigerait raisonnablement la

(1) Besson, *op. cit.*, p. 102.

(2) Documents relatifs au régime hypothécaire, *op. cit.*, tome III, page 284.

sécurité du créancier, l'hypothèque judiciaire rend les prêteurs plus exigeants et par conséquent éloigne le crédit (1).

D'autre part, comme le dit fort bien M. Besson, l'état d'infériorité de notre régime hypothécaire provient en partie de cette hypothèque et de la déplorable facilité avec laquelle les tribunaux l'accordent. Les inscriptions d'hypothèque judiciaire représentent 40 % de la dette hypothécaire (2).

III. C'est en ce qui concerne les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, que les exceptions les plus regrettables ont été apportées par le Code aux principes de la publicité et de la spécialité: ces hypothèques sont, en effet, occultes, générales et indéterminées.

Le législateur de l'an VII, avons-nous vu, emprunta aux pays de nantissement le principe de la publicité et le généralisa ; il fut admis sans aucune exception ; toutes les hypothèques légales et conventionnelles durent êtres inscrites et spécialisées.

Lors de la rédaction du Code civil, une réaction se produisit et le principe même de la publicité fut discuté, malgré les revendications très énergiques du Tribunal de cassation, qui demandait le maintien pur et simple de la loi de brumaire. Il y eut une sorte de transaction et les dérogations de l'art. 2135 furent, a-t-on dit « la rançon offerte pour

(1) La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime a écarté avec soin, dans l'intérêt du crédit commercial, les hypothèques légales et l'hypothèque judiciaire. Elle a adopté sur ce point les sages motifs des lois anglaises, allemandes et italiennes. Lors de la discussion depuis le 29 juillet 1872 jusqu'au 10 décembre 1874, on voit les rédacteurs du projet condamner toujours l'hypothèque judiciaire la déclarant regrettable, renversant la loi d'égalité qui domine la faillite. (V. Marquès : *op. cit.*, introduction).

(2) Besson, *op. cit.*, p. 150.

que le principe général fut le principe de la publicité et de la spécialité ». Le législateur de 1804 n'a pas voulu encourir le reproche de sacrifier les incapables, comme celui de l'an VII qui n'assurait pas par des sanctions suffisantes l'inscription de leurs hypothèques. Se basant sur l'impossibilité, soit physique, soit morale, pour les intéressés à qui la loi accorde l'hypothèque légale de la faire eux-mêmes inscrire, ne voulant pas que la négligence ou la mauvaise volonté du mari ou du tuteur puissent enlever toute efficacité à la garantie que le législateur a cru bon d'établir, il a laissé ces hypothèques à la fois clandestines et indéterminées, ce qui nuit, allons-nous tâcher de démontrer, considérablement aux tiers sans protéger la femme mariée et le mineur de façon bien efficace.

Ces hypothèques sont affranchies de toute inscription, non seulement quant au droit de préférence, mais encore pour la conservation du droit de suite. Malgré les titres d'acquisition et leur transcription, elles continueront à grever l'immeuble d'une manière occulte, en quelque main qu'il passe ; c'est un avantage perpétuel, survivant à la cessation du mariage et de la tutelle, et même transmissible par voie de subrogation. Tel était le système du Code de 1804. Les critiques soulevées par un tel système étaient si vives et si unanimes, lors de l'enquête de 1841, que la loi de 1855, s'inspirant d'une disposition de l'édit de 1873, a apporté un tempérament à ces inconvénients, dans son art. 8 ainsi conçu : « Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypo-

thèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement ».

Le mariage et la tutelle, disait-on en 1804, sont des faits publics et notariés dont les tiers peuvent avoir facilement connaissance. Nous ne le croyons pas ; dans l'état actuel de notre législation, sauf le cas de l'art. 8 et celui où l'immeuble grevé est exproprié pour cause d'utilité publique ou vendu sur saisie-immobilière, le tiers qui veut acquérir l'immeuble d'un individu est bien embarrassé pour contrôler la déclaration faite par ce dernier : qu'il n'a jamais été marié ni tuteur. Il n'a qu'une ressource, souvent illusoire, verrons-nous tout à l'heure, celle de la purge spéciale que les art. 2193 et 2194 ouvrent au tiers détenteur.

En pratique donc, les hypothèques des incapables, durant l'état d'incapacité, restent occultes. Le Code impose bien l'obligation de les inscrire aux maris, tuteurs et subrogés-tuteurs, ainsi qu'au procureur de la République, mais c'est là une mesure qui doit être considérée à peu près comme lettre morte, car la sanction fait défaut. La seule, vraiment un peu sérieuse, est la responsabilité des tuteurs et subrogés-tuteurs, que la loi déclare engagés s'ils ne font pas inscrire l'hypothèque du mineur (art. 2137). Le mari devient stélionataire s'il ne pourvoit pas à la publicité de celle de sa femme ; mais qu'est-ce que le stellionat depuis l'abolition de la contrainte par corps ? Quant au procureur de la République, une circulaire du Grand Juge, en date du 15 septembre 1808, lui recommande formellement l'abstention, tant est grande la répugnance des familles à voir le ministère public pénétrer le secret de leurs affaires.

Le second caractère de l'hypothèque conjugale ou pupillaire, caractère qu'elle ne perd pas, même en

cas de publicité tardive, est d'être générale; elle grève toujours tous les biens présents et à venir du mari ou du tuteur. Cette généralité de l'hypothèque est en elle-même si exorbitante que le législateur a senti le besoin d'y apporter quelque tempérament dans les articles 2140 et 2145.

Lorsque la valeur des immeubles grevés excède notoirement les sûretés nécessaires à la femme ou au pupille, l'hypothèque légale peut être restreinte de deux façons au moment même où vont lui donner naissance, soit le contrat de mariage, soit la délibération du conseil de famille : ou bien les parties agissent par voie de spécialisation, en désignant les immeubles qui, seuls, demeureront grevés de l'hypothèque légale ; ou bien elles procèdent par voie d'exclusion, c'est-à-dire affranchissent certains immeubles, tandis que tous les autres restent frappés de l'hypothèque générale. Ces moyens sont souvent entravés par l'état de minorité de la femme mariée. Il y a enfin un troisième procédé, qui est celui de la réduction de l'hypothèque au cours du mariage ou de la tutelle, mais la procédure en est si longue et si coûteuse qu'il n'en est guère fait usage.

Si l'hypothèque légale peut, dans certains cas, être spécialisée quant aux immeubles, jamais elle n'est spécialisée quant à la créance, car la dette, pouvant varier à chaque instant du mariage ou de la tutelle, il est impossible de fixer à l'avance le montant des droits ou créances à garantir. Le crédit du tuteur ou mari se trouve donc forcément compromis.

Occulte, générale et indéterminée, tels sont en somme les qualificatifs de l'hypothèque légale. On voit facilement alors à quels dangers sont exposés les tiers, qui, soit comme acquéreur de la propriété foncière,

soit comme prêteur sur hypothèque, traitent avec un mari ou un tuteur.

L'acquéreur de la propriété foncière semble toutefois être dans une position assez favorable ; la loi lui offre en effet deux moyens de se soustraire aux conséquences de l'hypothèque légale.

Le premier résulte de l'art. 2194, c'est celui de la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, moyen qui forcera les hypothèques occultes à se révéler, mais qui résulte d'une série d'actes trop compliqués engendrant beaucoup trop de frais (1). Le privilège accordé en cette matière à la Société du Crédit foncier est la meilleure preuve des inconvénients des règles du Code (2).

Le second moyen est celui de la renonciation à l'hypothèque de la part de la femme du vendeur au profit de l'acquéreur de l'immeuble grevé. Cette renonciation n'était pas prévue par le Code civil ; elle avait été imaginée par les praticiens en vue de fortifier le crédit du mari, d'autant plus atteint par les sûretés accordées à la femme, que cette dernière était plus riche. La loi de 1855 consacra la jurisprudence en posant les premières règles de la renonciation. La loi du 13 février 1889 est venue éclaircir sur quelques points de détail l'art. 9, et le compléter.

Cet expédient, excellent en lui-même, n'a malheureusement qu'un champ d'application assez restreint,

(1) Il a été constaté lors de la discussion de la loi de 1889 que pour les ventes de 200 francs, les frais de la purge légale atteignent ou dépassent l'importance du prix. C'est pourquoi les statistiques établissent que le nombre des procédures de purge ne dépasse pas 10,000 par an, c'est-à-dire 1,35 % du total des ventes immobilières soumises à l'enregistrement. (Besson, *op. cit.*, p. 146.)

(2) Le Crédit Foncier purge en trois semaines moyennant 15 ou 20 francs de frais.

il ne peut être mis en œuvre qu'autant qu'il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée, et encore faut-il qu'elle soit mariée sous un régime lui permettant de renoncer à son hypothèque.

Le prêteur sur hypothèque est encore moins favorisé que le tiers acquéreur. Comment veut-on qu'il s'assure que le propriétaire de l'immeuble offert en gage, ou ses auteurs, n'ont exercé aucune tutelle, ou qu'ils n'ont jamais été mariés? Il n'y a pas chez nous de registre des tutelles et il est difficile de découvrir l'acte de l'état civil constatant le mariage, surtout si les époux sont mariés à l'étranger ou séparés de fait. Ce serait là, a-t-on fort justement fait remarquer, un nouveau motif pour demander la création du casier civil.

Même si le prêteur connaît la tutelle, il reste exposé au danger résultant de l'incertitude sur l'étendue et les suites de l'hypothèque légale. Se basant sur son effet rétroactif, le tuteur peut frustrer, en grossissant la créance de son pupille, les tiers auxquels il a concédé antérieurement une hypothèque sur ses immeubles. Vis-à-vis du mari, il semble qu'il y a moins à craindre ce danger, puisque l'hypothèque légale de la femme mariée ne prend rang que successivement et au fur et à mesure des évènements qui lui donnent naissance ; mais il ne faut pas oublier que depuis le mariage une certaine quantité d'actes ou faits ont pu conférer à la femme un droit de créance ou de reprises, actes qui resteront ignorés du prêteur, puisque la loi n'en ordonne pas la publicité ; nous voulons désigner par là les successions, liquidations et testaments. Le prêteur ne peut donc pas connaître non plus l'étendue de l'hypothèque de la femme au moment ou il traite avec le mari. Le seul moyen qui lui reste pour

remédier à un tel état de choses, est de se faire subroger à cette hypothèque ou d'exiger que la femme se porte caution et s'oblige solidairement avec son mari dans l'acte d'emprunt.

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 a consacré cette combinaison en même temps que celle de la renonciation, nous en avons signalé plus haut, à propos de l'acquéreur de la propriété foncière, la portée limitée.

Ces dangers de l'hypothèque légale sont-ils compensés par des avantages qui doivent déterminer à la conserver telle qu'elle existe ? Ou plutôt cette garantie n'est-elle pas indispensable pour sauvegarder les droits de la femme mariée ?

Dès 1841, lors de l'enquête, M. Valette, dans son rapport adressé au nom de la Faculté de Paris, répondait négativement à cette question, et M. de Vatimesnil suivait la même solution, quand il disait, dans son rapport sur le projet de réforme de 1850, que, « d'après le projet comme d'après le Code civil, l'hypothèque légale de la femme mariée ne l'empêchera de sacrifier sa dot et ses reprises à son dévouement pour son mari, qu'autant qu'elle sera mariée sous le régime dotal. La femme soumise à tout autre régime pourra toujours, ainsi qu'elle le peut aujourd'hui, s'obliger envers les prêteurs solidairement avec son mari ou, comme caution de celui-ci, garantir les acquéreurs et, par ce moyen, renoncer à son hypothèque au profit, soit des uns, soit des autres. Pour la femme mariée en communauté ou en non communauté, l'hypothèque légale n'est ordinairement qu'une garantie illusoire, car il est rare qu'elle refuse à son mari sa signature » (1).

(1) Rapporté dans les procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, fasc. III, p. 132.

Ces observations sont encore plus exactes depuis la loi de 1855 et celle de 1889. En effet, il n'est pas un acquéreur qui consente à acheter un immeuble du mari ou de la communauté, sans obtenir de la part de la femme une renonciation à son hypothèque légale. Elle perd le droit de suite, et son droit de préférence, qu'elle conserve, lui sera ravi la plupart du temps si elle consent aux paiements faits par l'acheteur, qui prendra toujours cette précaution. Vis-à-vis de l'acquéreur, la femme est donc à peu près sûrement dépouillée ; en face d'un prêteur sur hypothèque, le résultat n'est pas plus heureux, car il n'est guère de créancier qui consente à prêter des fonds au mari sans exiger au moins la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, pour se mettre à l'abri des dangers que cette hypothèque peut lui faire courir.

Dans ces conditions, n'est-il pas exact de dire que dans la pratique, les garanties accordées par la loi à la femme, contrainte le plus souvent d'en abdiquer le bénéfice dans l'intérêt de son mari et du crédit de celui-ci, bien que très solides en apparence, « s'en vont en fumée » ou du moins ne lui profitent que vis-à-vis des créanciers les moins rigoureux ? Nous pouvons donc répéter, après la Faculté de Paris, dont il faudrait citer le rapport tout entier, que cette garantie, excellente peut-être en théorie, « est devenue, dans la pratique, une véritable chimère ».

« On peut même ajouter, disait M. de Vatimesnil, que cette hypothèque légale présente une sorte de danger, puisque c'est à cause de son existence qu'on fait souscrire à la femme des obligations personnelles (il s'agit ici de la garantie ou de l'engagement solidaire), qu'on ne lui demanderait pas si elle n'avait pas d'hypothèque et qu'on lui demanderait avec

moins d'insistance si son hypothèque était spéciale, déterminée et inscrite » (1).

Quant aux mineurs et aux interdits, comme ils ne sont pas capables de s'obliger à leur gré ni de renoncer à leur hypothèque, ils ne peuvent compromettre à chaque instant leurs droits, comme le font les femmes mariées.

Il nous reste enfin une dernière remarque à faire, c'est que la loi, par une bizarre négligence, ne donne aucune sûreté aux femmes mariées, aux mineurs, aux interdits dont les maris ou les tuteurs n'ont qu'une fortune mobilière. « Il semble, disait M. Valette, que l'hypothèque générale, véritable panacée universelle, dispense de tout autre remède, de tout autre moyen de précaution. Ainsi le débiteur a-t-il des immeubles, le gage du créancier sera complet, exagéré même, peu importe; au contraire, n'a-t-il pas d'immeubles, le créancier n'a plus de sûreté, la loi ne songe plus à lui » (2). Réflexions encore plus vraies à notre époque où la fortune mobilière est égale, sinon supérieure, à la fortune immobilière.

Pour être exact, il convient cependant de noter un timide acheminement fait dans la voie des réformes par la loi du 27 février 1880, dont l'art. 6 autorise le dépôt, à la Caisse des consignations ou entre les mains d'un tiers, des titres au porteur et des capitaux appartenant aux mineurs et aux interdits. C'est là, assurément, une diminution des pouvoirs du tuteur et, par suite, des garanties exigées; mais on se demande pourquoi cette sage mesure de protection n'a pas été étendue à la femme mariée.

(1) Procès-verbaux, fasc. Ier, III, 132-133.

(2) Rapport adressé par la Faculté de droit de Paris au Ministre de la Justice (Valette, *Mélanges*, tome II, p. 250 et suiv.)

Nous ne voulons pas terminer ce chapitre sans rappeler textuellement les paroles de M. Challamel qui, après avoir cité en grande partie le remarquable rapport de M. Valette, s'exprime en ces termes :

« Ce langage n'a pas vieilli : à cinquante ans d'intervalle, la sous-commission juridique a pu constater que rien n'avait été fait pour porter remède à une situation si fâcheuse. Tous les peuples qui nous entourent et qui ont reçu de nous le Code Napoléon se sont empressés à l'envi de corriger et notamment de rompre avec la tradition surannée des hypothèques générales et clandestines.

« En France, on n'a su que faire une loi de privilège, en accordant aux sociétés de crédit foncier le droit de purger ces hypothèques à leur profit. Pour qui veut bien y réfléchir, il n'est pas de critique plus dure de notre système hypothécaire que cette façon toute empirique de le corriger ; cela prouve que les hypothèques légales, telles que le Code les a organisées, forment un obstacle insurmontable au développement du crédit immobilier et d'autre part qu'elles ne procurent aux incapables qu'une sécurité toute illusoire » (1).

Tous les inconvénients que nous avons signalé résultent surtout de la généralité de l'hypothèque légale. Ils disparaîtront, ou du moins seront largement atténués, par la spécialisation obligatoire de l'hypothèque et par la publicité qui en est le corollaire naturel. Quoiqu'on ait dit, le but à poursuivre, ainsi que nous le montrerons dans la dernière partie de ce travail, n'est pas de diminuer le gage de

(1) Rapport général sur les privilèges et hypothèques. Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, t. VII, page 91.

l'incapable, mais de lui donner une garantie suffisante pour assurer le paiement de ses créances, tout en libérant le surplus des immeubles qui deviendront entre les mains du mari ou du tuteur, en fait, comme ils le sont en droit, un instrument de crédit.

SECTION III

Publicité des causes de nullité ou de résolution.

Nous venons de voir dans les chapitres précédents à combien de menaces d'éviction, ou tout au moins de diminution de droits résultant d'aliénation ou de constitution de droits réels, sont exposés les tiers malgré une publicité qui paraît pour bien des auteurs relativement sérieuse. Il nous reste à examiner dans un dernier chapitre toute une catégorie de causes d'éviction dont nos registres n'ont pu révéler à ces tiers qu'une faible partie ; elles sont fort nombreuses et résultent soit d'une condition résolutoire exprimée ou sous-entendue, soit d'un vice inhérent au titre de transfert, soit même de certains faits postérieurs au contrat d'aliénation ; ces droits de résolution, lorsqu'ils viennent à s'exercer, entraînent presque tous un effet rétroactif.

Nous n'avons pas la prétention de faire, dans ce travail, une énumération complète et une étude détaillée de toutes les différentes causes destructives de la propriété. Ce que nous désirons avant tout, c'est montrer au moyen de quelques exemples, que cette partie de notre système de publicité compte parmi les moins satisfaisantes et se signale par les lacunes

les plus nombreuses et le manque de méthode le plus absolu.

Faisons une sorte de tableau d'ensemble des causes de nullité ou de résolution. Le tiers peut d'abord être évincé par un précédent propriétaire non payé de son prix et exerçant son droit de résolution, c'est le plus dangereux de tous; ensuite, tous les droits réels à lui concédés peuvent être réduits à néant par l'action en rescision pour vileté du prix, par le droit de réméré ou de retour conventionnel, par la révocation des donations pour inexécution des charges ou pour survenance d'enfant, par l'action en réduction des donations excessives ou en rapport de la part d'un cohéritier. Voilà pour les causes de résolution. Les causes de nullité ou d'annulation peuvent résulter d'un vice du titre translatif, d'un vice du consentement : erreur, violence ou dol; de l'incapacité des parties contractantes par suite de minorité, interdiction, nomination d'un conseil judiciaire, privation des droit civils; enfin la chose vendue peut être inaliénable par suite de dotalité, saisie, faillite ou affectation à un majorat.

Dans tous ces cas, que la révocation opère en nom de plein droit, celui auquel le Code en accorde le bénéfice demeure toujours armé d'un droit de revendication devant lequel doivent s'incliner tous les tiers acquéreurs ou titulaires de charges réelles, droit qui lui permet de réclamer la propriété de l'immeuble en quelque main qu'il soit passé ; peu importe que le dernier possesseur soit de bonne foi, peu importe qu'il se soit cru investi d'un titre définitif, ne pouvant prévoir l'existence de ces causes de nullité ou de résolution, dont la loi a négligé la plupart du temps la publicité, il sera dépossédé. « Le système français, a-t-on dit, ne protège que les intérêts des

anciens propriétaires, mais sacrifie d'une manière absolue ceux des tiers acquéreurs, c'est-à-dire le crédit territorial ».

Un système idéal de publicité devrait, dans notre matière, s'appliquer à trois ordres de faits : d'abord publier les causes de nullité ou de résolution dès leur naissance ; ensuite publier les demandes de nullité dès qu'elles sont intentées ; enfin, en publier le résultat obtenu.

C'est au sujet de la publicité des causes de résolution ou d'annulation des transferts, que les tiers auraient particulièrement besoin d'être renseignés pour éviter toutes chances d'éviction. Voyons comment la loi a veillé à leur sûreté.

Il importe de reconnaître, tout d'abord, qu'il y a certaines causes de nullité, celles résultant notamment des vices de consentement, erreur, dol ou violences qui, par leur nature même, résistent à toute publicité au moment de leur naissance ; il en est de même de celles provenant de vices dans la forme du titre lui-même. Chacun sait combien ces causes de nullité sont nombreuses dans nos lois : la plus légère omission, par exemple, peut entraîner la nullité d'un acte notarié, d'une donation entre vifs, d'une inscription hypothécaire. Que dire des actes sous seing privé, où les irrégularités sont si fréquentes ? Par suite de l'effet rétroactif de ces demandes en nullité, il suffit que dans la série des propriétaires antérieurs l'un d'eux ait acquis par un titre entaché de l'un de ces vices, pour que tous les transferts postérieurs soient anéantis. Ce résultat est désastreux pour le crédit des propriétaires et blessant pour l'équité qui s'accommode difficilement de ces dépossessions perpétuelles des tiers de bonne

foi (1). C'est pourquoi, comme nous le verrons dans la suite, les législations de l'empire d'Allemagne ont essayé, par des dispositions spéciales, de sauver les tiers de semblables dangers.

La nullité peut encore être fondée sur l'aliénabilité ou indisponibilité de l'immeuble. Les causes les plus pratiques d'indisponibilité sont les substitutions permises, la saisie, la dotalité et la faillite. La publicité de la première cause est relatée par l'art. 1069 du Code civil, qui décide que les dispositions par actes entre vifs ou testamentaires, à charge de restitution, ne vaudront, à l'égard des tiers, lorsqu'elles s'appliquent à des immeubles, que par la transcription.

L'article 678 du Code de procédure, en ordonnant la transcription de la saisie immobilière, afin de prémunir les tiers contre le danger de traiter sur un immeuble que la saisie place en dehors de toute transaction, constitue une très sérieuse mesure de publicité; mais on se demande pourquoi la législation ne l'a pas généralisée et appliquée aux autres causes d'éviction par suite d'indisponibilité comparable à la saisie, nous voulons parler de l'affecta-

(1) Voici un exemple curieux de l'incertitude de la propriété foncière, au point de vue qui nous occupe, tiré d'un arrêt de 1867 cité par M. Challamel à la séance du 5 novembre 1891 : « Une personne était en possession d'un immeuble depuis de longues années en vertu d'une donation universelle; elle vend cet immeuble, produit à l'acheteur l'expédition notariée, en bonne et due forme, de l'acte de donation qui forme son titre de propriété. Par malheur, on vint à découvrir sur la minute que l'un des renvois n'avait pas été signé par un des témoins. La Cour de Besançon, puis la Cour de cassation décidèrent que cette nullité de forme était opposable à l'acheteur : l'erreur dans laquelle il était tombé n'était pas invincible; à la rigueur, il aurait pu consulter la minute et vérifier cette omission de signature. Faute d'un point, cet acquéreur de bonne foi fut donc évincé de la propriété qu'il avait payée ». (Procès-verbaux de la Commission du cadastre, fasc. II, p. 107.

tion de dotalité, du jugement déclaratif de faillite, du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, du jugement qui prononce la privation des droits civils.

En ce qui concerne l'affectation de dotalité, on nous objectera que la loi du 10 juillet 1850 est venue remédier à l'inconvénient signalé. Nous répondrons que, grâce à cette loi, on annonçe bien qu'un acte notarié a précédé le mariage, mais c'est tout. Quel est le régime adopté ? Quels sont les immeubles qu'il atteint ? Nous n'en savons rien, et c'est cependant ce qu'il importe uniquement de connaître.

Quant au jugement déclaratif de faillite ou liquidation judiciaire, il y a bien des insertions dans les journaux, des affiches dans les prétoires; mais que valent ces modes de publicité, vis-à-vis surtout des tiers éloignés du théâtre de la faillite ? Bien peu de choses, croyons-nous.

La nullité peut, en troisième lieu, tenir à l'incapacité des parties contractantes. Il faut avouer qu'en cette matière la publicité est la règle. Les incapacités du mineur et de la femme mariée, la situation juridique des époux divorcés ou séparés de corps sont, en effet, publiées au moyen de registres de l'état civil, d'affiches dans l'auditoire du tribunal ou dans les études de notaire, d'insertions dans les journaux; mais ce ne sont là que des procédés insuffisants pour avertir les tiers qui ne connaissent pas personnellement l'incapable ou n'habitent pas la même région que lui. La loi du 10 juillet 1850 rend bien quelques services, mais nous avons indiqué plus haut son insuffisance. Seule, la loi du 16 mars 1893, réalisant un premier essai de casier de l'état civil, a pourvu d'une manière satisfaisante à la pu-

blicité des interdictions et des nominations de conseil judiciaire.

Dans le même ordre d'idées, la loi du 7 mars 1897 modificative des articles 49, 70, 75 du Code civil, ordonne à l'officier de l'état civil de mentionner la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux, dans les trois jours.

Toute cette publicité est trop incomplète, trop morcelée, trop émiettée ; tous les différents renseignements, capables d'éclairer les tiers, devraient être centralisés en un lieu unique : le bureau du conservateur des hypothèques. Ce qu'il y a surtout de particulièrement regrettable dans le système actuel, c'est que le défaut de publicité n'empêche presque jamais (1) l'incapable de se prévaloir, vis-à-vis des tiers, du bénéfice de la situation légale. La protection des intérêts de celui-ci est bien une chose touchant à l'ordre public et que le législateur ne doit pas perdre de vue, mais ce n'est pas une raison pour lui sacrifier, d'une façon aussi complète, et le crédit territorial, et la libre circulation des immeubles.

Si nous passons maintenant à l'examen des causes de résolution, qui sont en général le résultat d'une condition résolutoire affectant le transfert de propriété, nous pouvons constater que la publicité est moins incomplète que pour les causes de nullité.

(1) Il n'y a, en effet, que deux exceptions : la première résultant de l'art. 1391, § 3 : « Toutefois, si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes de droit commun, à moins que dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage ». La seconde vient de l'art. 3, § 4 de la loi du 6 février 1893, décidant que la femme ne pourra invoquer son incapacité légale de femme mariée, lorsqu'après une séparation de corps, la reprise de la vie commune n'a pas été notifiée suivant les formes prescrites par cette loi.

Les conditions résolutoires sont de deux sortes : expresses ou tacites. Parmi les premières, il faut citer les clauses de réméré et de retour conventionnel ; elles seront portées à la connaissance des tiers, puisqu'elles sont inscrites dans le contrat et que ce dernier est transcrit. Mais dans la pratique, la condition résolutoire tacite est beaucoup plus fréquente. Prenons d'abord les donations ; il est une régle générale, établie par le Code civil, que le successible qui reçoit donation d'un immeuble en avancement d'hoirie, n'acquiert sur cet immeuble qu'un droit de propriété résoluble et doit le rapport en nature. Ce qui serait désastreux si elle était appliquée, car elle mettrait hors du commerce un grand nombre d'immeubles ; elle est heureusement modifiée par l'art. 860 qui décide que lorsque le donataire a aliéné l'immeuble, l'aliénation subsiste et le rapport se fait en moins prenant ; mais l'obligation du rapport résout les charges réelles et notamment les droits d'hypothèque consentis par le donataire, à moins que l'immeuble rapporté ne soit mis dans son lot. C'est là une mesure très regrettable et l'on se demande pourquoi l'intérêt du crédit n'a pas été jugé digne d'autant de faveur que celui de la libre circulation des biens.

Ce danger est peu de chose auprès de celui que présente, pour les tiers, l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire, la révocation des donations entre époux pendant le mariage et certaines causes d'éviction spéciales, telles que la révocation pour inexécution des conditions ou pour survenance d'enfants. Nous allons rencontrer ici des exceptions bien nettes au principe de la publicité. Un tiers acquéreur ou prêteur qui contracte avec un propriétaire dont le titre est une donation ou

un testament, peut s'attendre à la réduction pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire. Si le titre est une donation émanée du conjoint du donataire, et faite durant le mariage, il est censé savoir que, d'après l'art. 1096, C. civil, une telle donation est révocable ; de même, il doit connaître qu'il est exposé, suivant les circonstances, à différentes causes d'éviction. Il y a donc eu une sorte de publicité inséparable de celle du titre. Mais, si de nouvelles mutations se produisent, cette publicité virtuelle disparaît aussitôt et les tiers ne pourront se rendre compte du danger qui les menace que s'ils remontent à ce titre qui a été le point de départ de toute une succession de droits. Il importerait donc qu'ils fussent avertis.

Le premier mode de publicité que nous indiquions en tête de ce chapitre, dans notre système idéal, c'est-à-dire la publicité de la cause de résolution dès sa naissance, serait ici totalement impossible. Si nous prenons, par exemple, le cas de réduction pour atteinte à la réserve, nous voyons que ce n'est qu'au décès du disposant que l'on peut savoir, s'il y a une réserve, quelle en est la quotité et s'il faut agir en réduction. Ce n'est qu'alors que peut intervenir la publicité, et si l'on décidait que les droits concédés du vivant du donateur seraient définitivement acquis, il serait trop facile de paralyser les actions futures par une aliénation immédiate. De même s'il s'agit d'une révocation d'une donation faite entre époux ou par suite de survenance d'un enfant au donateur, il est bien difficile de prévenir les tiers ; le conjoint ne peut renoncer à son droit de révocation et la révocation pour cause de survenance d'enfant est tellement indépendante de la volonté du donateur, qu'elle s'opère de plein droit, nonobstant toute clause

contraire. La loi ne pouvait donc permettre au donateur de la tourner en omettant volontairement une inscription.

« Nous ne nous dissimulons pas, disait M. Massigli, la gravité des conséquences que ce parti entraîne : c'est l'obligation imposée aux tiers de vérifier les origines de la propriété, c'est un germe d'inquiétude, d'insécurité prolongée pendant des années dans tous les cas où la propriété repose sur une disposition à titre gratuit, surtout sur une donation ; c'est l'immeuble enlevé peut-être à un tiers détenteur ; mais il faut se résigner à ces inconvénients ou supprimer à peu près la réserve » (1).

Il faut toutefois noter que l'art. 930 du Code civil apporte un tempérament aux effets de l'action en réduction pour atteinte portée à la réserve, en permettant à celui qui intente l'action de commencer par discuter les biens du donataire. Il est à regretter que ce tempérament n'ait pas été étendu à tous les cas que nous venons d'examiner.

En matière de vente, des causes de résolution peuvent également se présenter. Il y en a un certain nombre qui opèrent sans le secours de la publicité ; nous citerons la résolution de l'art. 1610 pour défaut de délivrance, celle de l'art. 1618 s'il y a erreur de plus de 1/20 sur la contenance déclarée ou lésion de plus de 7/12 sur le prix (art. 1674) ; mais ces circonstances se présenteront assez rarement, et ce droit ne restera pas bien longtemps suspendu sur la tête de l'acheteur.

De tous les droits de résolution susceptibles d'opérer rétroactivement à l'encontre des tiers, il n'en est

(1) Rapport de M. Massigli : Procès-verbaux de la Commission du cadastre. Fasc. II, p. 553.

qu'un seul dont la loi du 23 mars 1855 ait organisé, dans son art. 7, d'une façon véritable, la publicité, c'est le plus dangereux de tous : celui que l'art. 1654 du Code civil accorde au vendeur non payé de son prix.

Indiquons en quelques mots l'historique de cet article 7.

La loi, pleine de sollicitude pour le vendeur qui livre sa chose sans en recevoir le prix, ne s'est pas contentée de lui accorder un privilège, elle lui donne aussi le droit de faire résoudre la vente (art. 1184, 1654, C. civ.). Cette action en résolution est intentée contre tout tiers détenteur et assure au vendeur le moyen d'être payé de son prix ou de recouvrer son immeuble.

L'intention du Code civil était bonne, mais le législateur a été trop loin, car tandis que le privilège est astreint à certaines conditions de publicité, l'action résolutoire au contraire, peut être exercée sans qu'aucun signe public soit venu en révéler l'existence aux tiers. Il est inutile d'insister, croyons-nous, sur les inconvénients et les dangers d'un tel système ; ils avaient été signalés depuis longtemps et l'on avait enfin senti le besoin de mettre un terme aux désastreux effets de l'action résolutoire. En 1849 et 1850 notamment, à l'occasion du grand projet de réforme hypothécaire qui fut présenté à l'Assemblée législative, de longues et brillantes discussions eurent lieu. Tout le monde était d'accord pour reconnaître l'existence du mal, mais on ne s'entendait pas sur le remède à y appliquer.

Plusieurs projets furent présentés : les uns voulaient que l'action résolutoire ne put être exercée au préjudice des créanciers inscrits (projet Pougeard). C'était là en demander à peu de chose près

la suppression. La Commission extra-parlementaire avait adopté des idées moins radicales, elle demandait que l'action résolutoire ne pût être admise à l'égard des tiers que lorsqu'elle aurait été stipulée par une clause expresse ; le conservateur la mentionnerait dans l'inscription, d'office. On fit remarquer, avec juste raison, que cette clause deviendrait de style dans les contrats de vente et que par conséquent le remède proposé n'avait rien de sérieux.

La Commission s'appropria le premier projet et supprima l'action en ce qui concerne les tiers autres que ceux dont les droits sont postérieurs à la mention de la demande en résolution faite en marge de l'inscription du privilège (1).

Ce fut en cet état, qu'un projet de loi portant suppression de l'action résolutoire, en tant qu'elle pouvait porter préjudice aux tiers, fut présenté à l'Assemblée législative. Mais le garde des sceaux, M. Rouher, proposa, sous forme d'amendement, de subordonner l'exercice de l'action résolutoire à l'existence du privilège, de telle sorte qu'elle cessât d'exister le jour où ce privilège se serait éteint pour une cause quelconque. La discussion fut longue et animée, néanmoins, devant les sages raisons invoquées par M. Rouher, l'amendement fut adopté (2).

Ainsi donc, la loi de 1855 conserve au droit de résolution sa nature propre, c'est-à-dire la rétroactivité, ce droit opère entre le vendeur et l'acheteur, ou les ayants-cause universels de celui-ci, par la seule force du contrat, indépendamment de la publicité du privilège ; mais pour devenir opposable aux

(1) Le Conseil d'Etat consulté s'était rallié au système de la commission extra-parlementaire.

(2) V. discours de M. Rouher. *Moniteur* de 1850, p. 3586.

tiers, il faut que le privilège, auquel la loi dé 1855 l'a en quelque sorte solidarisé, ait été inscrit en temps utile, pour conserver tout son effet.

Cette théorie est simple et rationnelle, elle a le mérite d'amener indirectement la publicité de l'action résolutoire par la publicité du privilège, sans rompre avec les principes fondamentaux du droit civil. On lui a cependant adressé deux reproches, justement mérités.

Le premier, c'est d'être restreinte à un seul des innombrables droits de résolution admis par le Code. Le but de la loi est, en effet, de lier le sort de l'action en résolution à celui du privilège. De là il suit que l'action résolutoire est complètement indépendante des conditions ordinaires de publicité lorsqu'elle existe en l'absence de tout privilège. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'un propriétaire a, moyennant un prix dont il est encore créancier, constitué sur un de ses immeubles, soit une servitude réelle, soit un droit d'usage ou d'habitation, toutes choses ne pouvant faire l'objet d'un privilège. Il en serait de même au cas de donation révoquée pour cause d'inexécution des charges imposées au donataire ou d'exercice de l'action en reprise de l'objet échangé, etc. (1).

La loi de 1855, en second lieu, même dans le cas spécial qu'elle prévoit, présente cependant un inconvénient. L'action résolutoire pourra rester clandestine, tant que le vendeur ne sera pas obligé de pourvoir à la conservation de son privilège, c'est-à-dire tant que l'immeuble n'aura pas fait l'objet d'une revente trans-

(1) Voir pour l'énumération des principaux cas, Besson, *op. cit.*, page 155.

crite. Cette époque peut être très éloignée du jour de la naissance du privilège, et dans l'intervalle, les créanciers hypothécaires de l'acheteur seront en danger (1).

Nous disions au commencement du chapitre qu'il faudrait que non seulement les causes de nullité ou de résolution fussent publiées, mais encore que les tiers fussent avertis de l'exercice des actions.

Il est certain, semble-t-il, que rien n'empêcherait le législateur de décider que toute demande d'annulation ou de résolution d'un transfert de propriété devra faire l'objet d'une mention sur les registres de la conservation des hypothèques. Il n'y a dans notre Code civil qu'une seule demande en révocation qui soit portée à la connaissance des tiers par voie d'inscription, c'est la demande en révocation de donation pour cause d'ingratitude (art. 956 à 958 Code civil). Il convient de rappeler que la doctrine et la

(1) Les deux imperfections que nous venons de signaler sont encore aggravées, au cas de faillite, de déconfiture de l'acheteur ou d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ; dans ces cas, la jurisprudence et un certain nombre d'auteurs décident que, dans l'intérêt des créanciers de la masse ou de la succession, l'action résolutoire survit au privilège : Cassation, 27 mars 1861. S. 61, 1, 758. — Aubry et Rau, 4e édition, III, § 278, texte et note 13, p. 360. Colmet de Santerre, IX, n° 120 *bis*, XV. — Guillouard, III, n° 1287 et suiv. « Les auteurs de la loi de 1855, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, auraient dû édicter pour le cas de faillite une règle analogue à celle qu'ils ont consacrée dans le deuxième alinéa de l'article 6, pour le cas de revente. Ils auraient dû accorder à partir de la vente, un délai dans lequel le vendeur aurait eu la faculté de faire utilement inscrire son privilège. (Tome II, p. 746, 2e édition.)

Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 mars 1891 (D. 91, 1, 145), semble revenir à une solution contraire ; mais, dans l'espèce, le syndic de la faillite avait pris inscription conformément à l'art. 490, C. Com. et alors, disent les auteurs précités : « L'hypothèque de la masse avait été régulièrement inscrite et les créanciers de la faillite étaient devenus, quoique l'arrêt ne le dise pas, des tiers au sens de l'art. 7 de la loi de 1855. (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, tome II, p. 747, 2e édition).

loi établissent deux catégories de révocations, celles qui agissent avec effet rétroactif : *ex tunc*, et celles au contraire qui agissent sans effet rétroactif : *ex nunc*. Les révocations qui rentrent dans cette dernière catégorie sont assez rares en droit français et la plupart d'entre elles ne présentent, en pratique, qu'une importance secondaire. La plus grave est celle que régit l'art. 958. Il importe aux tiers au plus haut point de savoir à quel moment précis cessent les droits du donataire avec lequel ils traitent, c'est pourquoi cet art. 958 porte l'effet révocatoire du jugement, non pas au jour de la demande en justice, époque que les tiers ignorent forcément, mais au jour où cette demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude a été inscrite en marge de la transcription prescrite par l'art. 939. Jusqu'à ce moment, tous les droits concédés aux tiers subsistent. Cette mesure est excellente, elle protège à la fois les tiers et le donateur qui peut ainsi limiter, grâce à l'inscription, le préjudice que lui causeraient les actes de disposition et de constitution de droits réels émanés du donataire ; mais il est regrettable qu'elle n'ait pas été étendue à d'autres cas de révocation *ex nunc*, auxquels elle avait les mêmes motifs de s'appliquer. Nous citerons par exemple le cas de déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance et celui de la révocation du droit de l'héritier apparent ou de l'envoyé en possession des biens de l'absent. Frappée sans doute des avantages que présente un tel système, la Commission législative de 1850 l'avait érigé en règle générale, établissant que les demandes en révocation ou résolution n'opéreraient désormais à l'égard des tiers que du jour où elles auraient été inscrites. Système ingénieux et sans doute fort pratique, mais qui avait le grave tort de méconnaître

la distinction que nous établissions plus haut et de supprimer toute une catégorie de révocations, la plus nombreuse, les révocations *ex tunc*, c'est-à-dire celles agissant avec effet rétroactif (1).

La législation belge, tout en maintenant la distinction du Code civil, a cependant, et avec raison, assujetti à une publicité égale toutes les causes d'annulation et de révocation, qu'elles n'aient d'effet que pour l'avenir ou qu'elles réagissent sur le passé. L'art. 3 § 1 de la loi du 16 décembre 1851, que nous étudierons, est ainsi conçu : « Aucune demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription ne sera reçue dans les tribunaux qu'après avoir été inscrite en marge de la transcription prescrite par l'article premier ». Le législateur de 1855 aurait dû suivre cet exemple. D'après le principe de la rétroactivité, tous les droits acquis avant l'exercice de l'action auraient été conservés ; mais la publicité que nous réclamons aurait eu l'immense avantage de prévenir les tiers qui pourraient être amenés à traiter avec le propriétaire apparent pendant le cours du procès. « N'est-il pas à craindre, en effet, fait observer M. Ferron, que ce dernier ne cherche un acquéreur ignorant de sa situation au moment même où la propriété va lui échapper » (2).

En ce qui concerne le troisième et dernier point de notre système idéal, c'est-à-dire la publicité du résultat des actions en résolution ou en nullité, nous trouvons dans la loi de 1855 un article 4 qui, tout en respectant l'effet rétroactif des jugements,

(1) En réalité, on aboutissait ainsi au système de la force probante que nous rencontrerons dans les législations de l'Allemagne.

(2) Ferron, *op. cit.*, p. 169.

donne satisfaction à l'intérêt qu'ont les tiers d'être renseignés. Il est ainsi conçu : « Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre.

« L'avoué qui a obtenu le jugement, est tenu, sous peine de 100 francs d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un bordereau rédigé et signé par lui au conservateur... ».

En lisant cet article, il ne faut pas oublier que la loi de 1855 n'a pas modifié le principe d'après lequel les jugements prononçant la résolution, la nullité, ou la rescision d'un acte, ont pour effet de remettre les choses dans le même état que si cet acte n'avait pas existé ; elle s'est bornée à déclarer que l'avoué est seul passible d'une amende faute d'avoir requis la mention. C'est la seule sanction mise à ses prescriptions. Il est donc certain, et personne ne le conteste aujourd'hui, que ces jugements ne sont pas moins efficaces à l'égard des tiers qui ont acquis des droits réels de celui dont la propriété est résolue ou annulée, bien que la mention prescrite ait été négligée.

Nous venons de voir dans tout cet exposé que notre législation française est loin de répondre aux désiderata que nous formulions au début de ce chapitre, c'est-à-dire la publicité de la cause, de la demande en justice, et enfin du résultat obtenu.

On nous fera assurément l'objection que tous les dangers que nous avons signalé et auxquels sont exposés les tiers acquéreurs ou prêteurs, sont beaucoup plus théoriques que réels. — Notre réponse est tirée d'une statistique officielle et a l'avantage de se passer de commentaires. Voici, en effet, d'après

le compte-rendu général de la justice, les détails des revendications et actions révocatoires intentées et accueillies par les tribunaux en 1900 :

	NOMBRE	
	Actions	Jugements
	—	—
Donations — Nullités	205	130
Donations — Réductions	72	46
Donations — Révocations	255	193
Rescissions de partages	75	43
Révocations de biens dotaux	17	13
Revendications de la propriété foncière.	1288	869
TOTAUX	1912	1394

A ces chiffres déjà respectables, il faut ajouter le nombre des révocations ou résolutions opérant de plein droit ; enfin, pour avoir une idée exacte de la situation que révèle cette statistique, « il faudrait, fait remarquer M. Besson, multiplier le chiffre total des jugements révocatoires de la propriété par le nombre moyen des tiers acquéreurs ou créanciers auxquels préjudicie chaque révocation (1). Chacune de ces évictions, en effet, réfléchit contre tous les ayants-cause du propriétaire contre qui elle est prononcée.

SECTION IV

Formes de la publicité.

Au chef-lieu judiciaire de chaque arrondissement existe un bureau de la conservation hypothécaire à la tête duquel se trouve un conservateur des hypothèques recruté parmi les agents de l'Enregistre-

(1) BESSON, *op. cit.*, p. 160.

ment, il assure le service avec l'aide de ses commis. La publicité, avons-nous déjà dit, s'opère de deux façons : par la transcription et par l'inscription. La transcription, originaire des coutumes de nantissement, établie par le décret des 19-20 septembre 1790, conservée par la loi de brumaire an VII, consiste dans la copie littérale de l'acte sur le registre à ce destiné. L'inscription, au contraire, n'est qu'un simple extrait analytique de l'acte ou du jugement donnant naissance au privilège ou à l'hypothèque et qui en contient les clauses substantielles, telles que la nature et la situation de l'immeuble grevé, le nom du créancier, celui du débiteur, le montant de la dette et l'époque de son exigibilité. Le conservateur tient quatre registres principaux : un de dépôt, un de transcription des actes de mutation, un de transcription des saisies immobilières, un d'inscription, auxquels il faut ajouter un répertoire des comptes individuels.

Le registre des dépôts, dont la tenue est réglementée en dernier lieu par une loi du 5 janvier 1875, est en somme le livre d'entrée des actes à transcrire ou inscrire. Il eût été difficile, en effet, de porter immédiatement sur les registres, et ainsi que l'exige l'intérêt des parties, tous les actes réclamant la publicité, vu le grand nombre et souvent la longueur des actes qui sont présentés le même jour ; c'est pourquoi on a recours à ce registre de dépôt qui permet de savoir le jour même la date et le rang des formalités qui ont été effectuées ; il est tenu en double et arrêté chaque jour.

Le conservateur remet aussitôt à la partie présente un récépissé de l'acte à transcrire ou du bordereau à inscrire, avec indication du volume et du

numéro du registre de dépôt mentionnant la remise (art. 2200, modifié par la loi du 5 janvier 1875).

Dans un délai plus ou moins long, suivant le nombre des rôles à copier, l'encombrement des affaires, l'importance du bureau, l'activité du conservateur et la compétence de ses commis, les transcriptions et les inscriptions sont portées sur leurs registres respectifs, dans l'ordre chronologique où elles se sont présentées et ont été constatées par le livre de dépôt.

Mais comme il serait fort difficile, pour ne pas dire impossible, au conservateur de s'y retrouver quand on lui demande un état individuel ou un état sur transcription, la loi du 21 ventose an VII, a mis à son service un cinquième registre : le *Répertoire des comptes individuels*. Le compte est établi par nom de personne et à feuille ouverte; à la page gauche sont portés les titres de transfert, d'antichrèse et de saisie, sur la page droite figurent les inscriptions hypothécaires.

Chaque extrait, fait sur une seule ligne, indique le numéro du volume du registre des formalités et celui de la transcription ou de l'inscription, la date de la formalité, la nature de l'acte, le prix de la vente ou le montant de la créance, ainsi que les renouvellements, radiations et péremptions d'inscription. Pour le service de ce répertoire deux autres registres sont nécessaires: la *Table alphabétique des noms* et le *Registre indicateur des noms patronymiques*.

Les registres sont publics, mais ne sont cependant pas directement à la disposition de tous. Les intéressés ne peuvent les consulter eux-mêmes, ils doivent, pour être renseignés, demander au conservateur des hypothèques, qui ne peut leur refuser, un

certificat des transcriptions ou inscriptions existantes.

Enfin, le conservateur est responsable pécuniairement des fautes qu'il peut commettre dans la tenue des registres ou dans la délivrance des certificats (1).

Ce système est très critiqué. Partant de cette idée, que la transcription ne doit être qu'un moyen de rendre publics les actes que les tiers ont intérêt à connaître et qu'elle ne doit être rien de plus, le législateur de 1855 n'a pas cru utile d'entourer de garanties quelconques une formalité qui ne doit avoir par elle-même aucune force probante. Il n'a institué aucun contrôle sur la forme des actes à transcrire, leur rédaction, l'identité des contractants, la sincérité de leur consentement, la condition juridique de l'immeuble, etc.

Sur tous ces points, le conservateur n'est muni d'aucun pouvoir de vérification. A la différence du *Grundbuchrichter* allemand, notre conservateur des hypothèques n'est qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif étranger à la hiérarchie judiciaire et dont le rôle, purement passif, consiste à copier textuellement les actes de transfert qui lui sont présentés. C'est pourquoi les actes sous seing privé sont admis sans réserve, quoique les causes de nullité puissent s'y glisser facilement et que trop souvent, sans précision et sans clarté, ils prêtent à l'erreur, à la fraude et même aux faux.

On a rapproché ces solutions de celles que la loi a consacrées en matière hypothécaire, et on a dit que, puisque le contrat hypothécaire était soumis à la

(1) Pour que cette responsabilité ne soit pas illusoire, il est tenu de fournir un cautionnement en immeubles (loi de ventose an VII, art. 5) ou en rentes sur l'Etat (loi du 8 juin 1864, art. 26).

solennité, il n'y avait pas de raison pour exempter de l'authenticité le contrat de transfert qui est l'acte le plus grave pour la propriété foncière. Cette critique est assurément des plus justes ; toutefois, il faut prendre garde qu'elle vise le principe sur lequel repose la loi de 1855. Les rédacteurs ont pensé qu'il fallait donner aux tiers un moyen de connaître l'existence des actes qui pourraient affecter leurs droits, mais que cette existence, une fois dévoilée, il incombait à ces tiers de rechercher eux-mêmes, et sous leur responsabilité, quelle pouvait être la valeur effective de l'acte en présence duquel ils se trouvaient.

De plus, si on admet que la vente immobilière peut être faite par acte sous seing privé, il faut permettre de la transcrire sous cette forme. « Décider qu'on admettra à la transcription que les actes authentiques, disait M. de Belleyme, dans son rapport en 1855, cela équivaut à prohiber les actes sous seings privés pour toutes les conventions sujettes à transcription » (1). Il n'est pas logique, à notre avis, de procéder ainsi, par voie de suppression indirecte, comme l'ont fait la plupart des législations étrangères (2) qui ont à l'envi fermé l'accès des registres publics aux titres d'acquisition non reconnus en justice ou devant notaire, car avant de décider que les actes sous seing privé ne pourront être transcrits, il faut décider que les transferts immobiliers ne pourront s'opérer que par acte authentique.

Un second inconvénient, universellement signalé, résulte des embarras et des lenteurs qu'entraîne la

(1) Rapport de M. de Belleyme. — Verdier : Transcription, 2e édit. Tome 1er. *Documents législatifs*, p. xxviii.

(2) Belgique, Luxembourg, Alsace-Lorraine, Suisse, Italie, Allemagne, etc.

reproduction textuelle des actes de transfert sur les registres publics. Les actes, même les plus simples, sont ordinairement accompagnés de clauses surabondantes, de dispositions verbeuses et sans intérêt ; la transcription les reproduit fidèlement, ce qui fait que les bureaux de conservation sont encombrés d'une foule de registres qu'il devient difficile de loger et au milieu desquels les recherches sont chaque jour de plus en plus pénibles. Les frais que nécessitent les copies de ces actes transcrits sont, en raison de leur longueur, considérables pour les tiers, qui alors reculent la plupart du temps devant la demande de ces copies où ils auraient à puiser des renseignements fort utiles.

Pourquoi le législateur n'a-t-il pas, comme le réclamait la Faculté de droit de Paris, en 1841 (1), employé un mode unique de publicité : celui de l'inscription analytique de l'acte ; procédé qui fonctionne, comme nous le verrons bientôt, en Allemagne, en Australie, en un mot dans tous les pays de système germanique ?

Si, en effet, l'inscription par extrait sommaire est jugée suffisante pour la publicité des privilèges et hypothèques, des jugements d'annulation et de résolution, des actions en révocation des donations, il est difficile de comprendre pourquoi il en serait autrement pour les actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques.

En matière d'inscription, l'inconséquence du Code n'est pas moindre que lorsqu'il s'agit des lacunes de la publicité par la transcription. Il exige pour l'inscription des formalités multipliées et minutieuses,

(1) *Documents hypothécaires*, I, p. 439.

qui en font un véritable acte de procédure. Il n'a pris aucune précaution pour que la rédaction du bordereau, d'après lequel l'inscription est faite, fut l'ouvrage d'une personne capable de le formuler selon le droit, c'est-à-dire selon les exigences de l'art. 2148, et responsable, au moins moralement, par la nature de ses fonctions. Il le livre au premier venu. Dans la pratique, ce sont des clercs souvent inattentifs qui ont mission de rédiger les bordereaux; aussi, sont-ils parfois mal écrits, pour ne pas dire illisibles, mal rédigés, embarrassés de détails inutiles, d'indications surabondantes dont les ratures, les renvois ne sont même pas approuvés. Le conservateur recopie le tout, sans s'occuper de vérifier si la mention d'un élément essentiel, comme l'élection de domicile ou la date du contrat hypothécaire, n'a pas été omise.

Admettons qu'une telle négligence se soit glissée dans la rédaction du bordereau, l'inscription qui la reproduit est de ce fait inefficace : telle est l'interprétation rigoureuse que donne la jurisprudence de l'art. 2148.

Le législateur de 1855 aurait pu remédier par deux procédés à de tels inconvénients, qui se reproduisent tous les dix ans par suite de l'obligation du renouvellement (1) : ou bien en donnant au conservateur la charge de rédiger l'inscription d'après les indications fournies par le bordereau, ou bien, se débarrassant de ce formalisme extrême et suranné, en déclarant que l'omission d'une formalité n'entraî-

(1) Il importe de signaler un autre inconvénient de la péremption décennale : c'est que, comptant sur elle, beaucoup de propriétaires, pour éviter des frais de radiation, laissent subsister sur les registres les inscriptions éteintes. Ces dernières, comprises néanmoins dans les certificats du conservateur, les encombrent inutilement.

nera la nullité que s'il en résulte un réel préjudice pour les tiers.

Nous arrivons au défaut principal de tout notre système de publicité ; il est contenu dans l'art. 18 de la loi du 21 ventose an VII, qui prescrit au préposé de la conservation des hypothèques, de tenir un registre où sont portés les noms des individus contre lesquels il a été pris inscription. Tel est le point de départ essentiellement changeant et sujet à erreur de toutes les recherches. La loi française fait par conséquent de l'individu sujet du droit, et non du fonds objet du droit, le pivot inconsistant et fuyant des institutions qui ont pour but la recherche et la consolidation du droit de propriété. C'est là une tradition historique qui pour autant n'en est pas moins regrettable.

Il est relativement assez facile, en consultant le répertoire des comptes individuels, d'établir la situation hypothécaire d'un individu, sauf bien entendu l'incertitude qui résulte des hypothèques légales et judiciaires, occultes pour la plupart et toujours indéterminées. Mais la difficulté devient beaucoup plus sérieuse si, comme c'est le cas ordinaire, le requérant désire connaître la situation hypothécaire, en vue d'obtenir, soit l'état des transcriptions ou des inscriptions, soit surtout l'état sur transcription. Supposons que *Primus* ait acheté un immeuble, il fait tout d'abord procéder à la transcription de son acte d'acquisition, puis adresse au conservateur une réquisition d'état. Il y indique en premier lieu l'immeuble dont il requiert l'état. Cette détermination physique ne présente pas de difficulté à l'égard de certains immeubles qui ont pour ainsi dire une individualité et une physionomie distincte, ainsi une maison, un parc, un pont. Il en est autrement s'il

s'agit d'une des 150 millions de parcelles composant la propriété rurale en France. Comment la désigner? Le moyen qui se présente immédiatement à l'esprit est d'avoir recours au numéro du cadastre.

Malheureusement, chez nous, le cadastre n'a un caractère légal que relativement à la répartition de l'impôt foncier; il est dénué de toute force probante pour la détermination des limites de la propriété et chaque jour il concorde de moins en moins avec l'état matériel du sol. Le premier écueil auquel *Primus* souvent se heurtera, sera donc la désignation exacte de la propriété. Comme l'immeuble n'est pas inscrit sur les tables de la conservation, on ne peut arriver à sa connaissance que par celle du propriétaire ; son nom servira donc de base à toutes les recherches, et c'est pourquoi *Primus* désigne en second lieu, dans sa réquisition d'état, le nom du propriétaire actuel et des différentes personnes qu'il sait avoir successivement possédé l'immeuble pendant trente ans. Mais si, dans le nombre, il s'en trouve une seulement qui n'ait pas fait transcrire son titre d'acquisition ou qui soit devenue propriétaire par voie d'héritage, la série se brise et les investigations s'arrêtent, car cette personne inconnue a peut-être grevé l'immeuble de droits réels.

« Cette éventualité, dit M. Flour de Saint-Genis, est fréquente, puisque le nombre des mutations par décès, donations, partages, etc..., représente 51 % du nombre total des mutations à titre onéreux, les seules dont la transcription soit relativement obligatoire et qui, d'après les approximations les plus étudiées, sont elles-mêmes soustraites à la formalité, dans la proportion de 40 % (mutations secrètes,

acte sous seing privé ou notarié non transcrits par négligence ou par économie, etc...) » (1).

Même si tous les propriétaires sont connus, *Primus* peut se tromper sur l'orthographe de leurs noms, leur domicile, l'ordre de leurs prénoms, ces erreurs auront une importance capitale dans certains arrondissements où les similitudes de noms et de personnes sont excessivement nombreuses et amèneront le conservateur à délivrer des états incomplets ou contenant des inscriptions étrangères aux individus qu'ils concernent.

Muni de toutes les indications fournies par *Primus*, le conservateur cherche sur son registre des noms patronymiques, puis sur sa table alphabétique de noms, les noms du vendeur et de ses auteurs. Il retrouve les pages correspondantes des comptes individuels et là, il voit les indications et références aux registres d'inscription, de transcription et de saisie immobilière. Il se reporte alors aux volumes et à leurs numéros indiqués et copie les mentions qu'il y trouve pour dresser l'état demandé. Il convient de rappeler que le conservateur des hypothèques a un rôle purement passif : jamais sa responsabilité n'est engagée, si les inexactitudes commises ne sont imputables qu'aux parties. Il est tenu par les termes mêmes de la réquisition et il n'a pas à s'enquérir de la valeur ou des vices des actes qu'il transcrit ou des bordereaux qu'il inscrit.

En résumé, la tenue des registres publics par nom de personne, telle qu'elle est pratiquée en droit français, ne se prête que très imparfaitement à la détermination de l'état juridique de la propriété

(1) Flour de Saint-Genis : Crédit territorial en France et réforme hypothécaire, p. 10.

foncière. Or, comme on l'a fait remarquer « le droit de propriété est la base de l'hypothèque, s'il n'existe point d'hypothèque, s'il est douteux, l'hypothèque est discutable ; enfin, si le contrôle de ce droit a lieu d'une façon lente ou incertaine, le crédit s'évanouit ».

Il est deux choses qui, jusqu'à l'heure actuelle, ont pu rendre moins éclatants les défauts de notre régime foncier, c'est, d'une part, l'attention que les notaires apportent dans la rédaction des actes de vente et d'autre part lescapacités professionnelles des conservateurs (1).

Un dernier reproche est universellement adressé à notre système de publicité, c'est d'être peu accessible aux intéressés. Les registres sont bien publics, c'est-à-dire ouverts à tous, sans qu'il soit nécessaire, comme dans certaines législations étrangères, de justifier d'un intérêt légal, mais ceux qui veulent être renseignés ne peuvent les consulter eux-mêmes, il faut en demander la copie qui sera littérale et entière (2).

(1) Voici l'aveu même, fait par un conservateur des hypothèques, M. Flour de Saint-Genis, de l'impossibilité d'établir avec exactitude le bilan d'un domaine ou d'une parcelle foncière : « Il n'est pas de jours, dit-il, dans notre pratique déjà longue, où des particuliers et même des gens d'affaires ne soient venus nous demander si telle maison, telle propriété rurale était ou non grevée d'hypothèques pour quel chiffre et quelle était sa valeur vénale. A leur grand étonnement, nousétions obligés de leur répondre : nous ne le savons pas. Donnez-nous l'état civil du possesseur actuel de cette maison, ses nom, prénoms, professions, domicile, le nom de sa femme s'il est marié et nous vous dirons, non pas quelles sont l'origine de propriété et la situation hypothécaire de la maison ou de la terre que vous voulez acheter ou qu'on vous offre en gage, mais celle de l'individu qui, d'après les registres du bureau, en est le propriétaire apparent. N'est-ce pas le renversement de toute logique ? » Flour de Saint-Genis : *Crédit territorial en France et réforme hypothécaire*, p. 9.

(2) C'est seulement lorsqu'il en est expressément requis et qu'il n'y voit aucun danger pour sa responsabilité, que le conservateur

De plus, jusqu'en 1900, les charges fiscales qu'entraînait cette organisation étaient écrasantes, du moins pour les petites opérations.

Les frais de l'obligation hypothécaire étaient, d'après M. Besson (1), honoraires du notaire compris, 19,1 % pour un prêt de 100 francs, 23,57 % pour un de 300, 27,32 % pour celui de 500, 251,94 pour un prêt de 10.000. La proportion décroissait donc à mesure que la dette augmentait, c'était là en somme une proportion à rebours.

C'est à cet état de choses qu'a voulu mettre fin la loi du 27 juillet 1900 « relative à la transformation en une taxe proportionnelle des droits perçus sur les formalités hypothécaires ».

D'après l'art. 1er de cette loi, les registres de toute nature tenus dans les bureaux d'hypothèque, les bordereaux d'inscription, les pièces produites par les requérants, les reconnaissances de dépôts à eux remises, les états, extraits, certificats et copies dressés par les conservateurs sont affranchis du timbre. Excellente mesure qui permet désormais aux particuliers de se renseigner sans trop de frais sur les charges grevant tel immeuble.

Les droits d'inscription et les droits de transcription sont supprimés. En remplacement de ces impôts, dit l'art. 2, il est établi une taxe proportionnelle, non sujette aux décimes, qui sera perçue, d'avance, au moment de la réquisition de la formalité, pour les transcriptions sur la valeur et le prix des immeubles ou des droits qui en sont l'objet, pour les inscriptions sur le capital de la créance,

peut, par exception, délivrer un extrait succinct des transcriptions. (Solution du 10 septembre 1866. *Journal Enregistrement*, n° 20266.)

(1) Besson, *op. cit.*, p. 173, note 1.

pour les mentions de subrogation et de radiation sur la somme exprimée dans l'acte ou, à défaut de sommes, sur la valeur du droit hypothécaire faisant l'objet de la formalité.

Le taux de la taxe d'après l'art. 3 est de 0 fr. 10 % pour les radiations, subrogations et réductions et de 0,25 % pour toutes les autres formalités, il ne peut être perçu moins de 0 fr. 25.

Cette loi est certainement avantageuse pour les prêts de petites sommes (1), mais il nous semble qu'elle frappe d'une façon un peu trop lourde les mutations et emprunts importants, pour rétablir l'équilibre. « Si on se rappelle, a-t-on fort judicieusement fait remarquer, que maintenant à chaque renouvellement, pour une économie de timbre de 1 fr. 80 on paie un droit proportionnel de 2 fr. 50 pour 1.000 et que pour les radiations l'ancien droit fixe de un franc est remplacé par une taxe de 10 francs pour 1.000, il est facile de se rendre compte que l'Etat ne perd rien du chef de cette nouvelle loi » (2).

(1) Voici une statistique communiquée par M. Neymarck à la sous-commission juridique du cadastre (séance du 23 février 1894) et montrant le grand nombre de petits prêts hypothécaires.

Le tableau suivant résume l'exercice 1890.

VALEUR DES PRÊTS	NOMBRE	SOMMES EN MILLIONS
Au-dessous de 100 fr.	5.107	475.000
De 101 à 500 fr.	60.550	21.000.000
De 501 à 1.000 fr.	69.200	57.000.000
De 1.001 à 2.000 fr.	67.073	105.000.000
Au-dessus de 2.000 fr.	94.000	785.000.000
Total. .	295.000	968.475.000

(2) Thion de la Chaume, *op. cit.*, p. 84.

SECTION V.

Effets de la publicité.

Nous avons vu précédemment dans quelles hypothèses la publicité est exigée; nous allons maintenant examiner quels sont les effets de cette publicité.

La première constatation à faire, c'est que, dans notre droit, la publicité ne joue aucun rôle dans les rapports des parties entre elles. Pour les transferts de propriété, la transcription n'est pas requise comme condition de la validité des actes entre les contractants. Bien que non transcrite, la vente existe entre le vendeur et l'acheteur par la seule force du consentement et elle opère par elle-même tous les effets que le Code civil attache aux contrats translatifs.

La publicité n'est exigée comme condition de validité qu'à l'égard des tiers. « Jusqu'à la transcription, dit l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents, ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois » (1).

Cet article n'est pas très clair; en procédant par voie d'élimination, nous dirons que ne peuvent invoquer le défaut de transcription :

1° Les créanciers chirographaires. Il ressort en effet, des travaux préparatoires que le législateur a substitué à la rédaction de la loi du 11 brumaire

(1) Il importe peu que les tiers aient acquis la connaissance de fait, par des voies quelconques de l'acte qui doit être transcrit. AUBRY et RAU : 4e édition, tome II, p. 309. — MOURLON : Transcription, tome II, nos 451 et 452.

ainsi conçue : « Ceux qui auront contracté avec le vendeur », la suivante : « ceux qui ont des droits sur l'immeuble » ;

2° Le simple possesseur sans titre qui n'a pas encore prescrit ;

3° Le vendeur ;

4° Les héritiers.

Restent donc comme tiers, au sens de l'art. 3 de la loi de 1855, c'est-à-dire comme ayant cause à titre particulier de l'aliénateur ayant acquis sur l'immeuble un droit réel de propriété, servitude ou hypothèque et ayant accompli les formalités nécessaires pour le conserver :

1° Un second acquéreur ;

2° Un preneur à bail de plus de 18 ans ;

3° Un créancier antichrésiste ;

4° Un créancier hypothécaire ou privilégié.

Puisque nous savons ce qu'il faut entendre par l'expression tiers, voyons maintenant les effets de la transcription.

Le principal effet et qui est commun à tous les modes de publicité, c'est de fixer le rang des acquéreurs du même immeuble. Ainsi, entre deux acquéreurs d'un même immeuble, celui-là sera préféré qui aura le premier fait transcrire (1).

L'acquéreur d'un droit quelconque soumis à la transcription et qui se conforme à la loi, ne peut se voir opposer, du chef de son auteur, un autre droit qui aurait pour effet de restreindre ou d'anéantir le

(1) Cela, sans qu'on puisse, en principe, opposer à l'acquéreur, qui a le premier publié son titre, la connaissance qu'il aurait eu d'une aliénation antérieure. On applique donc ici le principe ancien : « Les formalités ne se suppléent pas ». Mais, bien entendu, il ne faudrait pas qu'il y eut fraude concertée entre le vendeur et le second acquéreur pour déposséder celui qui n'a pas transcrit.

sien. C'est ce second effet, découlant du premier, que l'on formule communément ainsi : la transcription arrête le cours des inscriptions de privilèges et d'hypothèques qui pourraient être prises sur l'immeuble vendu, du chef du précédent propriétaire.

Il y a cependant deux exceptions à cette règle, qu'il convient de signaler ; la première est relative à l'hypothèque légale de la femme mariée et à celle du mineur : ces hypothèques conservent leur droit de suite indépendamment de toute publicité. L'autre concerne les privilèges du vendeur et du copartageant conférés par les articles 2108 et 2109 : ils peuvent être inscrits utilement dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription.

Mais, s'il est vrai qu'en principe la transcription rend le titre de l'acquéreur opposable aux tiers, il importe de faire une remarque de la plus haute importance, c'est qu'il faut pour que la règle s'applique que le conflit s'élève entre personnes tenant leurs droits du même auteur. Par conséquent, lorsque plusieurs ventes successives n'ont pas été transcrites, la transcription de la dernière suffit pour protéger l'acquéreur contre les actes de disposition de son auteur, mais ne le met nullement à l'abri des droits consentis par les précédents vendeurs (1). Voici un exemple communément cité et qui fixera mieux notre idée. Je vends un immeuble à *Primus* qui néglige de transcrire, puis *Primus* cède l'immeuble à *Secundus* qui lui transcrit ; ultérieurement, sachant que *Primus* n'a pas transcrit, je revends le même

(1) Aubry et Rau, II, § 209, note 99, p. 315. — Gide, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 372 et suiv. — Demolombe, XXIV, n° 212. — Laurent, XXIX, n° 182 et suiv. — Colmet de Santerre, IX, n° 170 *bis* et suivantes.

bien à *Tertius* qui lui transcrit comme *Secundus*. Un conflit va s'élever, car il s'agit de savoir qui va l'emporter de *Secundus* on de *Tertius* ? Ce sera *Tertius* qui aura la préférence, bien qu'il est transcrit postérieurement à *Secundus*. « En effet, dit M. Besson, *Primus*, mon acheteur premier en date, ayant omis de transcrire, n'est devenu propriétaire qu'à mon égard, n'ayant vis-à-vis des tiers qu'une propriété imparfaite, il n'a pu transférer à *Secundus* plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Vainement, *Secundus* fera-t-il transcrire son contrat ; cette formalité ne lui donne pas un droit nouveau, elle ne purge pas sa propriété de l'inefficacité relative dont elle était affectée entre les mains de *Primus*. Par conséquent, le sous-acquéreur *Secundus*, pas plus que son auteur, ne peut opposer son titre à *Tertius*, ayant-cause du vendeur primitif, qui a consolidé son droit par la transaction ».

La même solution s'appliquerait en cas de conflit entre le sous-acquéreur et un créancier hypothécaire du vendeur primitif ; la transcription aura donc bien pour effet d'arrêter le cours des inscriptions des privilèges et hypothèques procédant du chef du vendeur, mais non de celles qui procèdent des précédents propriétaires (1).

Toutes ces dispositions ne sont qu'une conséquence logique de la loi de 1855 qui, ne rendant pas la transcription obligatoire, expose à chaque instant un sous-acquéreur à être primé par l'ayant-cause d'un de ses auteurs, si dans la série des mutations précédentes une seule n'a pas été transcrite. Ce danger

(1) Aubry et Rau, 4e édition, III, p. 315, § 209. — Demolombe, *Contrats*, I, n° 465. — Laurent, XXXIX, n° 182. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1555. — Arrêt de Dijon, 10 juillet 1891. D. P., 92, 2, 169.

est parfois sans remède, car, avec notre système de publicité par nom de personnes, le sous-acquéreur sera souvent dans l'impossibilité de connaître les propriétaires antérieurs et de savoir si leurs titres d'acquisition ont été transcrits (1).

Jusqu'ici, nous n'avons envisagé que la transcription des actes à titre onéreux, si nous passons à celle des actes à titre gratuit, nous voyons que les effets sont les mêmes. Elle sert à régler l'ordre de préférence entre les différents donataires d'un même immeuble, d'un même droit réel ou de droits réels différents; elle servira également à régler le conflit qui pourrait s'élever entre un donataire et des acquéreurs à titre onéreux ; la transcription arrête enfin le cours des inscriptions du chef du donateur.

Il y a cependant une différence qu'il importe de signaler, c'est au sujet des personnes qui peuvent invoquer le défaut de transcription.

La loi du 23 mars 1855, ayant déclaré dans son art. 11 qu'elle ne dérogeait en rien aux règles établies par le Code en ce qui concerne les donations et les dispositions à charge de rendre, il faut donc nous reporter à l'art. 941, ainsi conçu : « Le défaut de transcription pourra être opposé par toute personne y *ayant intérêt,* excepté toutefois celles qui

(1) A la Sous-Commission juridique du cadastre, M. Fravaton a cité les chiffres suivants empruntés aux statistiques de 1891. Il en résulte que, sur 900.000 actes de vente, 530.000 ont seuls été transcrits ; 370.000 sont demeurés étrangers à la publicité. Cette proportion de 41 °/₀ d'actes soustraits à toute publicité, indique mieux que n'importe quel commentaire, l'état d'insécurité de la propriété foncière, surtout dans nos campagnes où les avantages de la transcription sont rarement appréciés à leur juste valeur ; là, en effet, la position de fortune des propriétaires est un fait notoire et l'on ne recourt guère à cette formalité que si l'on soupçonne une situation pécuniaire embarrassée chez le vendeur.

(Procès-verbaux de la Commission du cadastre. Fasc. III, p. 313, note 1.)

sont chargées de faire la transcription ou leurs ayants-cause et le donateur ». Ce ne sont donc plus comme dans la loi de 1885, « seulement les tiers ayant acquis un droit sur l'immeuble ».

Peuvent donc opposer le défaut de transcription des donations :

1° Les acquéreurs à titre onéreux du donateur;

2° Les créanciers hypothécaires inscrits;

3° Les personnes ayant acquis un droit réel sur l'immeuble (usage, habitation, usufruit, servitude);

4° Un second donataire à titre particulier. Il y a en effet intérêt, et, de plus, il ne figure pas au nombre des exceptions contenues à la fin de l'art. 941 (1).

(1) Les héritiers du donateur et généralement ses ayants-cause universels peuvent-ils invoquer le défaut de transcription? La négative est généralement admise et cela pour deux raisons : 1° Les héritiers et successeurs universels sont tenus de toutes les obligations de leur auteur et ils ne sauraient avoir plus de droits que lui; pour leur permettre d'attaquer la donation, il faudrait un texte formel dérogeant aux principes généraux et ce texte n'existe pas; 2° ce droit leur était refusé par la loi du 11 brumaire an VII, à laquelle notre législateur a emprunté la transcription; d'après cette loi, les tiers seuls pouvaient se prévaloir du défaut de transcription. (Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 6e édit., tome Ier, n° 1370). La jurisprudence est ferme dans ce sens. (Cass., 1er août 1878, S., 79, 1, 383; 1er juin 1897, S., 97, 1, 399.) Les partisans de l'opinion adverse se fondent sur cette raison, que l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, dont la disposition a servi de patron à notre art. 939, mentionnait spécialement dans son énumération les héritiers du donateur et ses ayants-cause universels comme pouvant invoquer le défaut d'insinuation. (Planiol, *Traité de droit civil*, 2e édit., tome Ier, n° 1366. « C'est vrai, répond Baudry-Lacantinerie, mais cela s'explique par ce motif que le défaut d'insinuation entraînait la nullité de la donation : les héritiers succèdent naturellement au droit qui appartenait à leur auteur, de se prévaloir d'une nullité. Tandis que le défaut de transcription, pas plus d'après le Code civil que d'après la loi de l'an VII, n'est une cause de nullité de donation ».

La question de savoir si le légataire à titre particulier peut invoquer le défaut de transcription, est tout aussi discutée. Tout dépend de l'origine que l'on assigne à l'art. 941. Si on le rattache à la loi du

5° Les créanciers chirographaires. A ceux-ci la majorité des auteurs et une jurisprudence constante ne leur permet d'opposer le défaut de transcription que dans trois cas :

1° Lorsqu'ils ont frappé de saisie les immeubles donnés et que la donation n'a pas été transcrite avant la transcription de la saisie immobilière (1).

2° Quand le donateur ayant été déclaré en faillite, la donation n'a pas été transcrite avant le jugement la prononçant.

3° Quand les créanciers attaquent la donation comme faite au préjudice de leurs droits (art. 1167).

Sauf en ce qui concerne les créanciers chirographaires, il n'y a donc pas de différence entre les tiers de l'art. 941 et ceux de l'art. 3 de la loi de 1855. La logique demanderait que même cette légère distinction disparût et que la règle fût la même pour tous les transferts.

Envisageons maintenant l'inscription ; nous ne dirons que très peu de chose de ses effets, car ils sont, *mutatis mutandis*, les mêmes que ceux de la transcription. L'inscription règle l'ordre des préférences, soit entre divers créanciers hypothécaires (c'est là ce qu'on appelle communément le droit de préférence), soit entre des créanciers hypothécaires et des acquéreurs (droit de suite). Comme la transcription, l'inscription ne règle l'ordre des préférences qu'entre les ayants-cause du même auteur (V. l'exem-

11 brumaire an VII, le légataire n'ayant pas « contracté » avec le donateur, il ne saurait être un de ces tiers pouvant se prévaloir du défaut de transcription. Si, au contraire, on le considère comme dérivant de l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, les légataires seront certainement compris dans les personnes ayant intérêt à l'opposer.

(1) Demolombe, XX, p. 272. — Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 391, n° 704. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.* Tome 1er, p. 583, n° 1420. — Cassation, 23 novembre 1859, D., 59, 1, 481.

ple que nous avons donné tout à l'heure). Mais à la différence de la transcription, elle est requise non seulement à l'égard des acquéreurs et des autres créanciers hypothécaires, mais encore à l'égard des créanciers chirographaires, dans le cas où il se produit un évènement arrêtant le cours des inscriptions (faillite, décès du débiteur suivi d'acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire).

Toutes les imperfections que nous avons signalées plus haut se retrouvent, si bien que l'on peut conclure avec raison que, en transcrivant ou en inscrivant son propre titre, on n'est seulement certain de ne se mettre à l'abri que contre les actes de disposition de son auteur immédiat.

En dernière analyse, la publicité, dans la loi française, n'ajoute rien à la valeur intrinsèque des titres auxquels elle s'applique.

La transcription n'apprend aux tiers que le fait matériel du transfert, elle n'a d'autre effet que de rendre les actes de transfert de la propriété immobilière opposables à ceux ayant sur l'immeuble des droits en concurrence avec ceux de l'acquéreur; elle n'autorise donc pas à tenir pour exactement accompli ce fait entre les partis qu'elle désigne, elle ne prouve pas que l'aliénateur était légitime propriétaire, ni ne consolide la propriété qui passe à l'acquéreur avec tous les germes de nullité et de vice qu'elle pouvait contenir, d'après la maxime : « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ».

« Pour garantir complètement la sécurité des tiers, dit M. Besson, il faut que les registres publics prouvent la légitimité du droit réel ou du transfert de propriété dont ils manifestent l'existence ; il faut, en un mot, que par le fait et à partir de son inscription sur les registres du conservateur, le titre de l'acheteur,

désormais placé sous la garantie de la loi, soit inattaquable et à l'abri de toute cause d'éviction occulte » (1).

Nous sommes loin d'un tel idéal, nos registres hypothécaires ne jouissent d'aucune foi en justice ; la valeur de notre système de publicité se réduit à celle d'un simple renseignement qui ne dispense jamais les prêteurs ou acquéreurs de l'obligation de vérifier par eux-mêmes le droit de leurs contractants.

Il faut remonter ainsi de propriétaire en propriétaire, de contrat en contrat, aussi loin que possible dans le passé, et jusqu'au moins trente ans en arrière, pour que, dans le cas où un des auteurs n'aurait qu'une apparence de droit, la prescription acquisitive vienne suppléer la précarité du titre, et encore faut-il compter avec les causes possibles d'interruption ou de suspension (2).

La propriété, en France, n'est donc réellement consolidée et mise à l'abri de toute atteinte que par la prescription. Par suite de l'impuissance de notre système de publicité à sauvegarder le droit de propriété, l'usucapion est encore aujourd'hui, comme autrefois à Rome, une nécessité pour empêcher l'incertitude de ce droit : *ne dominia in perpetuum incerta maneant.*

(1) Besson, *op. cit.*, p. 175.

(2) Nous avons parlé, sans cesse, dans ce chapitre des évictions qui menacent les tiers ; il convient de reconnaître que dans la pratique, grâce à l'habileté des notaires, aux soins qu'ils apportent à la vérification des titres, et à ce que l'on appelle le *tableau des origines de propriété*, ces évictions sont moins nombreuses qu'on pourrait le croire. Les critiques théoriques que nous avons formulées ne subsistent pas moins, car un système de publicité ne doit compter que sur sa vertu propre et non sur l'expérience plus ou moins éclairée de praticiens.

Il n'est pas besoin, croyons-nous, de démontrer que cet auxiliaire est une arme à deux tranchants aussi dangereuse qu'utile. Si la possession en effet permet au légitime propriétaire de substituer à la simple présomption résultant de son titre une preuve décisive et opposable à tous, nous savons, en revanche, qu'après un délai de trente ans et même de dix ans, s'il y a avec la bonne foi une apparence de titre, la prescription acquisitive vient souvent favoriser la spoliation du véritable propriétaire. Il est grand temps de modifier notre système et de donner aux propriétaires fonciers, grâce au principe de force probante des registres, la garantie et la sécurité absolue qui sont la condition première du crédit territorial.

Nous sommes arrivés au terme de la première partie de notre étude; nous avons passé en revue les imperfections de notre système actuel de publicité et nous avons pu voir qu'elles sont nombreuses.

Le droit de propriété, malgré les progrès réalisés par la loi de 1855, est resté incertain, il repose en théorie sur la prescription et, en pratique, il n'a pour base que des documents imparfaits, dépourvus d'autorité; les prêteurs et les acquéreurs traitent avec un propriétaire qui n'est qu'apparent, sans s'assurer que cette apparence correspond à une réalité.

Toutes ces imperfections sont une entrave au développement du crédit foncier, les efforts constants du législateur doivent tendre vers ce but: créer un titre de propriété tel que l'exigent les besoins de la civilisation moderne.

Une fois instruit des défauts de notre système foncier, avant d'étudier les modifications qu'il faut y apporter et les réformes proposées, il importe de

voir quelle est l'organisation qui fonctionne chez nos voisins et les résultats qu'ils ont obtenu; nous pourrons tirer de cet examen des lois étrangères les plus précieux enseignements.

Les législations qui vont faire l'objet de notre seconde partie sont réparties communément en trois catégories :

1° Pays de transcription qui pratiquent un système analogue, ou tout au moins dérivé du système français.

2° Pays de livres fonciers, c'est-à-dire qui consacrent le régime du livre foncier.

3° Pays où s'applique l'*Act Torrens* et qui ne sont, à proprement parler, que des pays de livres fonciers, mais dans lesquels les transferts immobiliers suivent des règles tout à fait spéciales.

Nous suivrons cette division, en bornant cependant nos explications seulement aux lois foncières qui nous ont semblé présenter un type bien distinct.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

CHAPITRE PREMIER

Pays de transcription.

I. — Belgique.

La Belgique était le pays de nantissement par excellence et jusqu'en 1795, la législation coutumière dont nous avons fait l'analyse dans notre partie historique, s'y appliqua entièrement. De 1795 à 1814, la Belgique fut réunie au territoire de la France et dut subir d'abord la loi de brumaire an VII, puis le Code civil de 1804, sous l'empire duquel elle vit encore ; mais une telle législation, si contraire à la publicité des transactions immobilières et par conséquent au développement du crédit territorial, ne pouvait longtemps subsister dans un pays où prospéraient depuis des siècles le commerce et l'industrie.

Aussi en 1851, rompant avec le système de publicité de notre code, la Belgique revenait à ses anciennes coutumes de nantissement qu'elle rajeunis-

sait en mettant à profit les matériaux considérables de l'enquête de 1841. Quelques années après, en 1855, le même travail s'effectuait chez nous; nous allons voir, en étudiant la loi belge du 16 décembre 1851, que nos voisins ont su tirer de tous les documents qu'ils avaient sous les yeux un bien meilleur parti que nous-mêmes (1).

Dans son article premier, elle soumet à la transcription tous les actes entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers.

La loi belge a l'avantage sur la loi de 1855 d'employer, au lieu d'une énumération qui risque d'être incomplète, une formule générale incontestablement préférable. A la différence de notre loi, tout comme les coutumes de nantissement, elle soumet à la formalité de la transcription les actes déclaratifs : partages, transactions, etc..., mais elle a tort, selon nous, de respecter par trop cette tradition en continuant à exclure les transmissions *mortis causa*.

La publicité est également appliquée, comme chez nous, aux jugements passés en force de choses jugées tenant lieu de convention ou de titre pour la transmission de ces droits, aux actes de renonciation à ces droits et enfin aux baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois mois de loyer. Le législateur belge s'est montré plus soucieux que le nôtre de l'intérêt des tiers, en fixant la limite des baux non transcrits à neuf ans au lieu de dix-huit ; mais il a eu tort d'omettre de son énumération l'antichrèse, car ce droit, quelle qu'en soit la nature, étant opposable aux tiers acquéreurs

(1) V. le texte de la loi rapporté dans Martou : Privilèges et hypothèques.

ou créanciers, doit être porté à leur connaissance. La loi belge prend encore plus soin que la nôtre de publier les actes ou faits révocatoires de la propriété. Solidarisant l'action en résolution pour non paiement du prix avec le privilège du vendeur, elle étend, par son art. 28, cette mesure bienfaisante à l'action en reprise de l'objet échangé et à l'action en révocation fondée sur l'inexécution des conditions qui auraient pu être garanties par un privilège. Voilà pour la publicité des causes de résolution. Pour celle des demandes en nullité, rescision et révocation, il y a une règle unique : toutes, qu'elles opèrent *ex nunc* ou *ex tunc*, doivent être inscrites en marge de l'acte transcrit. Nous avons expliqué précédemment les effets de cette règle générale qui vient atténuer en quelque sorte les dangers de la rétroactivité, d'une part, en prévenant ceux qui n'ont pas encore traité avec le propriétaire menacé, des risques qu'ils courent en contractant avec lui, et, d'autre part, en permettant aux créanciers hypothécaires d'intervenir dans l'instance pour essayer de sauvegarder leurs droits. Pour assurer l'exécution de ses prescriptions, la loi belge a pris une mesure radicale : elle décide que le juge doit surseoir à statuer tant que la demande n'a pas été inscrite ; le défaut d'inscription est une exception d'ordre public que le défendeur peut opposer en tout état de cause, même en appel, et que le juge doit suppléer d'office dans le cas ou le défendeur négligerait de l'invoquer.

Enfin, l'art. 3 de la loi de 1851 ajoute que toute décision rendue sur une semblable demande sera également inscrite à la suite de l'inscription ordonnée par la disposition précédente. Mais si nous retrouvons cette disposition dans notre art. 4, la sanction n'est plus dérisoire comme chez nous, et,

au lieu d'une misérable amende de 100 francs infligée à l'avoué, la loi défend aux greffiers de délivrer aucune expédition du jugement avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise; la révocation ne pourra donc être opposée à ceux qui auraient acquis des droits depuis le jugement resté occulte.

Nous arrivons à la partie la plus intéressante de la loi de 1850, celle qui concerne la publicité des privilèges et des hypothèques.

Les privilèges généraux de notre article 2101 : frais funéraires, frais quelconques de dernière maladie, salaire des gens de service, etc., étant dispensés de toute publicité, ne portent que sur les meubles et n'engendrent un droit de préférence, sur le prix des immeubles, que s'il reste un reliquat après le paiement des dettes hypothécaires (art. 17). Un seul peut s'étendre subsidiairement aux immeubles, c'est le privilège pour frais de justice; il ne peut être opposé qu'aux créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits (art. 19).

Les privilèges spéciaux sur les immeubles du vendeur pour le paiement de la vente, des co-échangistes pour les soultes et retours, du donateur pour les charges imposées au donataire, du copartageant sont rendus publics par la transcription des actes qui leur donne naissance ; transcription qui vaut pour eux inscription. C'est là la généralisation de notre art. 2108, C. civil, applicable seulement au privilège du vendeur ; mais, pour plus de sûreté, la loi belge décide que le conservateur est tenu sous sa responsabilité envers les tiers de prendre dans ces diverses hypothèses une inscription d'office. Tous ces privilèges doivent être spécialisés quant à la créance garantie.

Ce système de publicité a été déclaré par les jurisconsultes belges parfait et à l'abri de toute critique; mais ils semblent avoir oublié que le privilège rétroagit à la date de l'acte qui lui a donné naissance; si, par conséquent, l'acheteur constitue une hypothèque avant la transcription de son contrat, le titulaire de cette hypothèque sera primé par le privilège du vendeur, quoique transcrit postérieurement à l'inscription du contrat hypothécaire. Nous pourrions donner des exemples semblables pour les autres privilèges.

La plupart des auteurs, tout en reconnaissant le bien fondé de notre critique, prétendent que, dans la pratique, il arrive rarement que l'acheteur ou le copartageant consentent une hypothèque sans que le prêteur exige la publicité préalable du contrat de vente ou de partage. « Mais n'y a-t-il pas toujours à craindre, fait remarquer M. Ferron, une déclaration mensongère de l'acquéreur, prétendant que l'immeuble a toujours été dans sa famille et lui a été transmis par succession, déclaration qu'il pourra être difficile de contrôler, puisque les mutations *mortis causa* ne figurent pas aux registres (1). La publicité du privilège de séparation de patrimoines, bien que la loi, dans son art. 39, ait évité d'employer l'expression de privilège, est assurée comme chez nous. Enfin, pour celle du privilège du constructeur, nous ne trouvons plus le laconisme de notre art. 2110 : l'inscription du premier procès-verbal doit être prise avant le commencement des travaux et celle du second dans la quinzaine de leur réception.

En ce qui concerne les hypothèques, elles sont toutes publiques et spécialisées quelle que soit leur

(1) Ferron, *op. cit.*, p. 234.

nature : conventionnelle, testamentaire ou légale (1). Quant à l'hypothèque judiciaire, elle a été purement et simplement supprimée par la loi de 1851. Sans doute les hypothèques des incapables et de l'Etat sur les biens des comptables des deniers publics sont restées générales, en ce sens qu'elles portent sur tous les immeubles présents et à venir du mari, tuteur ou comptable, mais elles ne sont pas moins spéciales, la loi belge exigeant rigoureusement dans chaque inscription la détermination, et du gage qu'elles affectent, et de la créance qu'elles garantissent (2).

Nous allons étudier, le plus rapidement possible, ce système belge de spécialisation des hypothèques légales qui depuis cinquante ans a servi de modèle à tant de législations.

La détermination a lieu différemment suivant la catégorie d'incapables.

Pour le mineur et l'interdit qui ne sont pas physiquement capables de sauvegarder leurs droits et se trouvent à la merci de leur représentant légal, c'est au conseil de famille à opérer la spécialisation de l'hypothèque pupillaire. Réuni à l'ouverture de la tutelle à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou même d'office par le juge de paix du domicile de ce mineur, il détermine, le mineur appelé et entendu : 1° la somme pour laquelle il sera pris inscription ; 2° la nature et la situation des immeubles grevés. — En cas d'inexistence ou d'insuffisance des immeubles, le conseil de famille peut

(1) Cette hypothèque, inconnue en droit français, constituée par le testateur, lui permet de garantir l'exécution des legs mis à la charge des héritiers ou du légataire universel.

(2) L'hypothèque légale des incapables doit être spécialisée dans un acte antérieur et dans l'inscription ; celle de l'Etat, des départements et communes n'a besoin d'être déterminée que dans l'inscription (art. 48. Dispositions transitoires, art. 9).

ordonner que les capitaux du mineur ou de l'interdit soient versés à la Caisse des dépôts et consignations (V. art. 55 et suiv.). Au surplus, si, au cours de la tutelle, les garanties fournies par le tuteur deviennent insuffisantes ou excessives, une délibération nouvelle, homologuée par le tribunal, peut toujours restreindre ou augmenter l'étendue des inscriptions.

Suivant les articles 52 et 53, sont chargés de requérir l'inscription : 1° le tuteur, à qui défense est faite, sous peine de destitution, de s'immiscer dans la tutelle si l'inscription préalable le concernant n'a pas été prise; 2° le subrogé-tuteur au cas ou le tuteur ne l'a pas faite; 3° toute personne que le conseil de famille a commis.

Par surcroit de précaution, défense est faite aux greffiers de justice de paix de délivrer aucune expédition autre que celle relative aux nominations de tuteurs, subrogé-tuteurs et détermination de l'hypothèque, avant qu'il leur soit justifié que l'inscription a été prise. Enfin, comme dernière garantie venant remédier à l'indifférence ou l'ignorance des parents et des personnes composant le conseil de famille, les greffiers de justice de paix doivent, sous la surveillance du juge et leur responsabilité personnelle, tenir des répertoires de toutes les tutelles de leur ressort; ils y mentionnent les diverses inscriptions prises, en même temps que les délibérations qui leur servent de fondement (art. 63). Communication de ces registres est donnée tous les trois mois au conservateur et tous les ans au procureur du Roi : le tribunal prescrit alors les mesures nécessaires dans l'intérêt des mineurs dont les droits n'ont pas été sauvegardés.

L'hypothèque légale de la femme mariée, pour sûreté de la dot, des conventions matrimoniales et

même des reprises éventuelles, est déterminée, quant à la somme et quant aux immeubles qui lui sont affectés, par le contrat de mariage ; c'est-à-dire par les parties elles-mêmes. En cas d'absence de ce dernier, d'oubli des parties ou d'insuffisance de garanties provenant de ce que des droits particuliers sont advenus à la femme par suite de succession, de donation ou d'aliénation de propres consenties par le mari, l'intéressée n'a qu'à recourir au président du tribunal qui rend une ordonnance pour l'autoriser à inscrire, ou augmenter, s'il y a lieu, son hypothèque. C'est le mari lui-même qui est chargé de requérir l'inscription si la spécialisation résulte du contrat de mariage ; c'est pour lui une obligation (1). S'il y a négligence de sa part, la femme, les parents et alliés des époux, les greffiers des justices de paix et les procureurs eux-mêmes peuvent y procéder, mais sans y être tenus. Il s'en suit que la femme mariée, ne voulant pas requérir elle-même l'inscription par crainte de discorde, se verra souvent moins bien protégée que les mineurs vis-à-vis desquels certaines personnes sont responsables.

L'organisation pratique de la publicité est la même qu'en France et par conséquent sujette aux critiques que nous avons formulées précédemment. Les registres hypothécaires sont tenus par nom de personne en dehors de toute référence au cadastre. Mais il y a cependant une différence avec notre système, c'est que l'accès n'en est ouvert qu'aux actes authen-

(1) Il est regrettable que le législateur n'ait pas suivi le Code civil portant l'effet de l'inscription à la date de la célébration du mariage, au lieu de lui faire produire son effet à partir du jour du contrat, c'est-à-dire à un moment où il n'y a encore ni mariage, ni droits contre le mari.

tiques et aux actes sous seing privé reconnus en justice et par devant notaire (art. 2). Le législateur belge a voulu éviter en plus des irrégularités et des obscurités que l'on trouve si fréquemment dans les actes sous seing privé, les contestations que peuvent élever les parties sur la force probante de l'acte tant qu'il n'a pas été reconnu en justice. Nous avons déjà formulé notre avis sur cette mesure qui n'est pas, il faut bien l'avouer, en concordance avec les principes, mais dont le but, essentiellement louable, est de donner à la transcription son maximum d'effet et de garanties dans une législation surtout où cette transcription ne consolide pas d'une manière définitive le titre de l'acquéreur et n'a qu'une valeur purement documentaire.

L'inscription des hypothèques conventionnelles est renouvelable au bout de quinze ans au lieu de dix ans ; comme chez nous, celle des hypothèques légales des incapables est dispensée de tout renouvellement jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

Enfin, en ce qui concerne les irrégularités, on fait l'application de l'ancienne et équitable maxime : « pas de nullité sans grief ».

Au point de vue des effets de la publicité, il y a également grande ressemblance entre la loi belge de 1851 et la loi française, la transcription reste étrangère aux rapports des parties contractantes entre elles, et n'a d'autre but que de rendre le transfert opposable aux tiers. Il faut noter cependant une différence découlant de l'art. 1[er] *in fine* de la loi de 1851 : « Jusque là (jusqu'à la transcription) ils (les actes à transcrire) ne pourront être opposés aux tiers qui auront contracté sans fraude ». Cette disposition que ni la loi de brumaire an VII, ni celle

de 1855 n'ont reproduite, tire son origine des coutumes de nantissement où, quand le second des deux acheteurs d'un même immeuble, parvenu le premier à se faire nantir, était de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissait le contrat de vente antérieur au sien, le premier acheteur avait une action en révocation du nantissement obtenu par le second en fraude de ses droits. Mais, la loi belge n'a pas voulu dans son art. 1er retirer le bénéfice d'invoquer le défaut de transcription aux tiers qui se sont livrés en compagnie de l'aliénateur à un concert frauduleux, car, pour déjouer ces manœuvres dolosives, l'action Paulienne suffit. Elle a eu uniquement en vue le cas où un acquéreur aurait, au moment de son contrat, connaissance en fait de l'existence d'une autre vente antérieurement consentie à un autre acquéreur et non encore transcrite, et celà en dehors de toutes manœuvres dolosives concertées avec le vendeur.

Nous n'avons pas à regretter l'omission de cette disposition dans notre loi, car elle cadre mal avec le caractère qu'on reconnaît d'habitude à la transcription. De plus, « du moment, dit M. Besson, où le principe fondamental de la publicité est que la vente non transcrite est inexistante au regard des tiers, il est illogique et contradictoire de décider qu'une simple connaissance de fait puisse suppléer l'avertissement légal résultant de la transcription (1). On conçoit du reste que les systèmes de force probante consacrent l'exception de dol ou de fraude, mais elle est inutile sous un régime où les formes

(1) Besson, *op. cit.*, p. 203.

de la publicité ne démontrent pas, par elles-mêmes, le droit du vendeur (1).

Sauf cette légère différence, les effets de la transcription belge sont entièrement ceux de la nôtre. Dénuée de toute foi en justice, elle ne confère au titre aucune force nouvelle et ne le purge d'aucune des causes de nullité ou de révocation dont il peut être entaché ; elle ne consolide le droit de l'acquéreur qu'à l'égard des ayants-cause de son auteur immédiat. La prescription acquisitive constitue toujours, dans l'un comme dans l'autre pays, le dernier fondement de la propriété.

En résumé, le système belge, sauf un développement beaucoup plus complet des principes de publicité et de spécialité en matière hypothécaire, ne se distingue guère du système français ; aussi toutes les critiques que nous avons adressées à ce dernier et auxquels nous renvoyons, trouveraient-elles leur place ici.

Le législateur belge procède d'ailleurs actuellement à la révision du cadastre. Une commission prépare en même temps la refonte de notre Code civil de 1804. D'après ces travaux, nous voyons que la distinction des effets, résultant des transferts, est appelée à disparaître. L'accomplissement de la formalité de publicité sera requise dans le nouveau Code aussi bien à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers ; le vœu général est la substitution du système de la publicité réelle à celui de la publicité personnelle. C'est donc, en somme, une évolution incontestable vers le système germanique et il semble que

(2) Cette distinction de l'art. 1er, entre les tiers de bonne et mauvaise foi, est universellement critiquée par les Belges eux-mêmes. V. Martou : Privilèges et hypothèques, tome Ier, nº 69.

les livres fonciers sont appelés à être mis en vigueur sitôt que le terrain sera préparé (1).

II. — Italie.

Lors de la réunion de l'Italie à la France (2), le Code Napoléon y fut promulgué, il y resta en vigueur jusque vers 1814, époque à partir de laquelle chacune des nationalités composant l'Italie d'alors reprit, avec son indépendance, sa loi propre. Mais à part le royaume lombardo-vénitien qui adopta, dès 1811, le Code civil autrichien, tous les autres Etats empruntèrent au droit français ses éléments essentiels pour modifier leur législation civile. Le Code civil des Etats de Parme (1er juillet 1820), le Code des Deux-Siciles (1824), le règlement hypothécaire de Toscane (2 mai 1836), le Code sarde (1837) faisaient une large application du principe de la publicité, en exigeant la transcription pour arrêter le cours des inscriptions. Bien plus, le Code des Deux-Siciles et le règlement des Etats romains (10 novembre 1834) reprenant le système de la loi de brumaire, faisaient de la transcription la condition nécessaire pour les transferts de propriété immobilière.

Toutes ces législations s'accordaient à exiger la publicité des hypothèques, même légales. L'efficacité du privilège du vendeur était subordonnée à l'inscription de ce droit dans un délai de rigueur variant suivant les pays. La Toscane avait été jusqu'à dispenser de renouvellement les inscriptions hypothécaires. Enfin, le point le plus important et en même temps le plus curieux, était la suppression du droit

(1) Voir pour plus de détails : Magnin, *op. cit.*, p. 82.

(2) Nous renvoyons pour l'étude de la législation antérieure à cette époque, à l'ouvrage de M. Besson, p. 204 et suiv.

de résolution. « Toutes les nullités et révocations des actes translatifs de la propriété foncière, dit M. Besson, ne pouvaient réfléchir contre les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble et se résolvaient en un droit personnel d'indemnité au profit du vendeur ». (Interprétation du Code sarde, art. 1661, et du Code toscan, art. 32).

L'unité législative a suivi de près l'unité politique; le nouveau Code civil promulgué à Florence le 25 juin 1865, est devenu exécutoire dans toute l'Italie à partir du 1er janvier 1866 et appliqué dans les Etats pontificaux, depuis la fin de 1870. Il s'inspire à la fois du Code civil français et de la loi de 1855, de la loi belge de 1851 et surtout de l'ancienne législation des divers Etats de la péninsule dont nous venons de montrer quelques points saillants (1).

Voyons maintenant les solutions les plus importantes admises par ce Code de 1865. L'art. 1932 indique les actes soumis à la transcription; cette nomenclature est celle des art. 1 et 2 de la loi de 1855 à peu de chose près. Les baux à transcrire excèdent seulement 9 ans comme en Belgique, et non 18 ans comme chez nous. Les registres sont également et malheureusement fermés aux mutations par décès et aux actes translatifs.

En ce qui concerne la publicité des nullités et résolutions, nous trouvons des dispositions spéciales mais qui n'en sont pas pour autant très heureuses. L'art. 1933 exige la publicité des demandes en révocation, nullité ou rescision qui doivent être mentionnées en marge des actes qu'elles concernent. L'énumération

(1) Code civil du 2 avril 1865, livre III, titre XXII à XXVI. (Trad. dans le tome II de l'ouvrage de MM. Huc et Orsier : Le Code civil italien et le Code Napoléon, 2e édition, Paris, 1868).

contenue dans cet article est limitative et ne comprend que les actions suivantes : 1° Action en révocation des donations pour cause d'inexécution des charges, d'ingratitude ou de survenance d'enfant; 2° Action en révocation par exercice de l'action Paulienne ; 3° Action en rescision pour cause de lésion; 4° Action en résolution de vente pour inexécution des engagements de l'acheteur ; 5° Action en résolution d'échange pour défaut de propriété chez le co-échangiste ou pour cause d'éviction; 6° Action en reprise pour cause d'inexécution des charges d'un immeuble moyennant une rente.

Or, toutes ces actions, d'après la législation italienne, sont dénuées d'effet rétroactif et n'opèrent vis-à-vis des tiers qu'*ex nunc,* c'est-à-dire du jour de la transcription de la demande ; ce qui porte tout naturellement à croire que cette mesure de publicité a été édictée, comme celle de notre art. 958 du C. civil, plutôt en faveur de l'ancien propriétaire qui veut recouvrer sa chose, qu'en faveur des tiers.

Il y a cependant des cas où la résolution opère *ex tunc,* c'est-à-dire avec effet rétroactif ; ainsi, s'il s'agit des actions en réduction des donations immobilières et des demandes en nullité pour cause d'incapacité des contractants, d'erreur, de violence ou de dol. Il est regrettable, et contraire à toute logique, que dans tous ces cas la loi n'exige plus que la demande en justice soit préalablement publiée. Cette solution est vraiment bien étrange ; pourquoi soumettre à une publicité les demandes des actions qui n'entraînent pas une destruction rétroactive du droit, alors qu'on n'y soumet pas celles qui tendent à obtenir cette destruction ? Nous reconnaissons volontiers que les tiers qui ont contracté avant l'introduction

de la demande sont atteints sans qu'aucune publicité les ait informés ; c'est là un mal qu'il faut subir, puisque la publicité était impossible ; mais, ce n'est pas une raison pour ne pas informer d'autres ayants-cause qu'il est facile de renseigner. Comme nous l'avons déjà dit précédemment, pendant le cours de l'instance, le défendeur qui redoute de perdre son procès est enclin à aliéner l'immeuble dont la possession va lui être enlevée; il importe donc de prévenir le tiers à l'entrée de cette période spécialement féconde en aliénations précipitées.

Le législateur italien aurait pu utilement s'inspirer de la loi belge de 1851 qui ordonne, d'une manière générale et sans faire de distinction, l'inscription de toute action révocatoire.

Comme l'art. 4 de la loi de 1855, l'art. 1934 du Code de 1865 exige que, dans un délai de rigueur, tout jugement qui prononce la nullité, la résolution, la rescision ou la révocation d'un acte transcrit soit mentionné en marge de cet acte.

La publicité des privilèges et des hypothèques a été tout particulièrement l'objet des préoccupations du législateur de 1865. Il n'y a de privilèges sur les immeubles, et, par conséquent, dispensés d'inscription, que ceux résultant des créances suivantes : frais de justice, impôt foncier de l'année courante et de l'année échue et créances de l'Etat pour droits d'enregistrement non payés en suite d'une mutation. Les autres privilèges immobiliers sont remplacés par des hypothèques légales.

Toutes les hypothèques, conventionnelles, légales ou judiciaires, n'ont d'effet que si elles sont rendues publiques, c'est-à-dire inscrites, et spécialisées quant à la somme et quant aux immeubles qu'elles frappent.

L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit sur les biens du tuteur a ce caractère curieux de n'être, en Italie, qu'une garantie subsidiaire et de ne venir qu'à défaut ou en plus de la caution que le tuteur doit fournir ; le conseil de famille détermine son chiffre et les immeubles sur lesquels elle doit porter (1) ; dans les vingt jours de cette délibération, le tuteur, le pro-tuteur et le greffier doivent en prendre l'inscription, sous peine d'une amende de 1,000 francs au maximum et sans préjudice des dommages-intérêts. Elle peut également être requise, dit l'art. 1983, par le mineur et l'interdit sans qu'ils aient besoin d'assistance ou d'autorisation, et aussi par leurs parents.

L'hypothèque légale de la femme mariée, si elle n'est pas limitée à certains biens par le contrat de mariage, affecte tous les immeubles présents du mari ; elle doit être inscrite dans un délai de vingt jours à la diligence du mari ou du notaire qui a reçu l'acte de constitution de dot, et ce, à peine d'une amende de 1,000 francs; celui qui a constitué la dot et la femme elle-même peuvent requérir l'inscription. Si la spécialisation n'a pas été faite dans le contrat, elle a lieu dans l'inscription.

Quant au cours du mariage une nouvelle inscription est nécessaire, c'est au mari ou à la femme qu'incombe le soin de la prendre. Le procureur du Roi veille à l'exécution de toutes ces prescriptions et au besoin requiert l'inscription.

L'hypothèque légale qui remplace le privilège du vendeur ou du co-partageant est également spécialisée et le conservateur est tenu, sous sa responsa-

(1) Il peut, bien entendu, l'augmenter ou la diminuer au cours de la tutelle, suivant les circonstances.

bilité personnelle, d'en prendre d'office une inscription lors de la transcription du contrat d'aliénation.

Il nous reste à dire un mot de l'hypothèque judiciaire, elle est maintenue dans le Code italien, mais ne résulte que des jugements de condamnation; elle peut s'inscrire, en la spécialisant, sur tous les immeubles présents du condamné et sur ceux à venir, mais à condition seulement qu'ils soient spécifiés au fur et à mesure de leur acquisition dans le bordereau d'inscription.

La publicité au point de vue de la forme est organisée en Italie sur les mêmes bases qu'en France et en Belgique.

Elle est personnelle et non réelle; cependant des innovations heureuses, et qui méritent d'être signalées, ont été introduites par le législateur. La transcription n'exige plus la copie littérale des actes, mais simplement le dépôt du titre au bureau des hypothèques et de deux bordereaux contenant les indications suivantes : 1° le nom, les prénoms des parties, ceux de leur père, leur domicile respectif; 2° la nature et la date du titre; 3° le nom de l'officier public qui a reçu l'acte ou en a authentiqué les signatures; 4° l'indication exacte de l'immeuble, avec au moins trois confronts, ainsi que les numéros du cadastre (1).

Le conservateur transcrit sur ses registres cet extrait analytique. Le dépôt des copies authentiques de l'acte de transfert permet de corroborer et de compléter les renseignements fournis par le registre.

La transcription italienne n'est donc en réalité qu'une inscription, puisque en matière hypothécaire

(1) Le conservateur garde un des bordereaux et remet l'autre à la partie après avoir certifié l'accomplissement de la formalité.

les formalités et les indications des bordereaux sont identiquement les mêmes.

Les transcriptions et inscriptions figurent, comme dans les législations que nous avons étudiées précédemment, les unes à la suite des autres et par ordre de date des présentations des titres aux registres des formalités. C'est le nom de la personne inscrite qui sert de point de départ aux investigations du conservateur, mais ses recherches sont singulièrement facilitées, tant au point de vue de la rapidité que de la certitude, par suite de l'indication obligatoire, dans les titres et bordereaux, des numéros du cadastre.

L'inscription de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque légale de l'interdit produit effet pendant trente ans, à compter de sa date. Pour l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur, nous trouvons les mêmes règles qu'en France et en Belgique. Les registres sont enfin plus accessibles au public que chez nous, car il est permis d'en prendre connaissance aux heures fixées par les règlements; cependant, le conservateur a seul qualité pour délivrer copie des inscriptions et des titres déposés dans ses archives.

Au point de vue des effets de la publicité, ce sont les principes de notre Code et de la loi de 1855 qui ont été consacrés. Uniquement requise pour la consolidation de la propriété, la transcription reste étrangère à la perfection du transfert de la propriété entre les parties; elle rend simplement le titre de l'acquéreur opposable aux tiers et arrête le cours des inscriptions du chef du précédent propriétaire. Pas plus qu'en France ou en Belgique, elle ne prouve le droit de propriété de l'acquéreur ni ne

consolide la légitimité de son titre et ne donne à l'acquéreur que les droits qu'avait son auteur.

Toutefois, il importe de remarquer que, désireuse de protéger les sous-acquéreurs contre le danger le plus redoutable auquel les laissent exposés les législations précédentes (nous voulons parler des résolutions rétroactives), la loi italienne de 1865 a pris une mesure radicale en décidant que dans tous les cas, dont nous avons fait l'énumération antérieurement, il n'y aurait aucun effet rétroactif à l'égard des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble avant l'inscription de la demande en résolution La transcription ou l'inscription requise par ces tiers a donc pour effet de purger l'immeuble de toutes ces actions en révocation ou résolution, et, c'est là en quelque sorte, ainsi que le fait remarquer M. Ferron, une application partielle du principe allemand de la foi due aux registres publics. Le législateur italien, de l'avis unanime des auteurs, a été trop loin en sacrifiant de la sorte les droits des précédents propriétaires ; il aurait pu les respecter davantage en publiant les causes de résolution elles-mêmes, et permettre ainsi à tous ceux qui ont un droit quelconque sur un immeuble de le faire apparaître, et par ce moyen de le conserver. Ici, comme dans bien d'autres endroits, « le mieux a été l'ennemi du bien ; en voulant trop fortifier le crédit des propriétaires fonciers, on a dépassé la mesure et rendu leur situation pire ».

Le système italien, pouvons-nous conclure, ne manque pas de mérite, surtout si on le compare à la législation française ; l'extension considérable qu'il donne aux principes de publicité et de spécialité en matière d'hypothèques, les sanctions pénales qu'il y attache, la simplification de ses formes de

publicité, la facilité avec laquelle les recherches peuvent s'opérer grâce à l'indication du numéro cadastral, sont autant de réformes heureuses, mais qui n'arrivent pas néanmoins à conférer à la propriété foncière la sécurité nécessaire, puisque la prescription acquisitive en est toujours la base.

Nous sommes à la veille d'un remaniement complet. C'est pour ces raisons sans doute que l'Italie procède en ce moment à la révision de son cadastre, pour assurer non seulement la péréquation de l'impôt foncier, mais encore, dit la loi du 1er mars 1888 qui l'ordonne, « pour servir de base à la constatation de la propriété ». C'est là assurément un premier pas vers le système des pays de livres fonciers (1) *.

(1) Le Gouvernement a permis, il y a quelques années, l'essai préliminaire dans la commune de Civitanova, d'un système proposé par M. Ariani, conservateur des hypothèques à Macerata ; le texte du projet est rapporté dans les *Annales de l'Enregistrement*, 1890, p. 503. Le trait caractéristique est la création d'un répertoire appelé : *Index hypothécaire communal*, tenu par immeuble pour chaque commune et rappelant de loin les livres fonciers germaniques. Ce registre est appuyé sur le cadastre que le conservateur est chargé de mettre au courant. *Un répertoire communal des numéros de mappe* équivaut à notre matrice cadastrale française. Des bordereaux imprimés, que les parties remplissent, sont reliés en volumes par ordre de date et de numéro et remplacent les registres de transcription et d'inscription. Ce projet n'emprunte cependant à la théorie germanique qu'une partie de sa forme de publicité ; les effets du système actuel de l'Italie ne sont pas changés, c'est-à-dire que les répertoires sont toujours dépourvus de toute force probante ; le conservateur a seulement le droit, dans ce nouveau régime, de refuser tout bordereau insuffisant.

* **Monaco.**

La publicité des transferts immobiliers dans la principauté de Monaco est réglée par le titre XVI du livre III du Code civil promulgué le 25 octobre 1884 et entré en vigueur le 1er janvier 1885. C'est la reproduction de notre loi de 1855 ; les seuls points qui méritent d'être signalés sont : la réduction à 9 ans de la durée au-delà de laquelle les baux doivent être transcrits pour être opposables aux tiers, et ensuite l'exigence d'une expédition authentique de l'acte ou du jugement translatif pour effectuer la transcription sur les registres.

III. — Grèce.

C'est en deux fois que la publicité en matière immobilière a été introduite en Grèce. D'abord, dans une loi du 11 août 1836 sur les hypothèques qui, bien qu'étant l'œuvre d'un jurisconsulte allemand, Maürer, est fortement imprégnée des idées du Code de 1804 (1). Ensuite dans une loi du 29 octobre 1857 sur la transcription, loi qui est venue remédier au grave danger résultant, pour le crédit foncier, du caractère, jusqu'à cette époque occulte, des mutations de propriété (2).

Cette loi de 1857 est la copie et la reproduction de notre loi de 1855 sur la publicité des transferts; les mêmes actes y sont assujettis, les formes y sont identiques, il n'y a qu'une différence heureuse, à signaler : c'est que la transcription est requise pour la validité de l'acte, non seulement à l'égard des tiers, mais même entre des parties.

Au point de vue des hypothèques, la loi de 1836 a eu le mérite de consacrer, bien avant la Belgique, le principe de la publicité et de la spécialité de toutes les hypothèques, aussi bien conventionnelles que judiciaires ou légales; ces dernières sont assez nombreuses, car il y en a beaucoup qui remplacent nos priviléges immobiliers. Donc plus d'hypothèques générales; les intérêts des incapables sont cependant sauvegardés; comme en Belgique ou en Italie, un certain nombre de personnes sont chargées de requérir inscription des hypothèques légales, et ce, à peine de diverses sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement.

(1) Athoine de Saint-Joseph : *Concordance des lois hypothécaires et étrangères*, 2e partie. p. 91.

(2) *Revue de droit français et étranger*, III, p. 283.

L'inscription se réalise au moyen de deux bordereaux et, la péremption n'étant pas admise, il n'y a pas lieu à renouvellement décennal (1). Une inscription conservatoire ou prénotation vient mettre à couvert les droits qui ne réunissent pas les conditions exigées par la loi pour l'inscription : ceci est le seul emprunt fait par Maürer à la législation allemande. Enfin, les registres fonciers sont, comme en Italie, complètement à la disposition du public qui peut ainsi très économiquement en prendre connaissance.

IV. — Luxembourg.

Ce pays est encore régi par le système de 1804, mais si nous le mentionnons dans notre nomenclature, c'est que l'insuffisance depuis longtemps reconnue du Code Napoléon a amené le Gouvernement à déposer, le 7 décembre 1881, un projet de réforme qui peut être considéré comme la synthèse de toutes les améliorations successivement réalisées en matière de publicité dans les pays voisins; améliorations dont est susceptible le système français, sans porter atteinte aux principes de notre Code civil.

Ce projet, après de nombreuses vicissitudes, a été provisoirement retiré en 1893 par le Gouvernement, sans doute afin de pouvoir profiter des travaux accomplis par notre Commission extra-parlementaire du cadastre. Estimant avec raison qu'il faut assurer la sécurité des acquéreurs avant de refondre le système des hypothèques, ses rédacteurs se sont uniquement occupés, d'une part, de la publi-

(1) Notre procédure de purge n'existe pas en Grèce. Le tiers acquéreur doit ou abandonner l'immeuble à l'action des créanciers ou payer intégralement les dettes inscrites, en capital et intérêts.

cité des transferts et des causes de résolution ; d'autre part, de la conservation des registres hypothécaires. C'est à la loi belge qu'il emprunte la nomenclature des actes soumis à la transcription ; nous y trouvons, par conséquent, les titres des transferts et les partages ; il est à regretter seulement de ne pas voir figurer les mutations par décès dans la formule générale. Ne sont admis à la transcription que les jugements et les actes authentiques. Pour que cette condition ne soit pas trop à charge aux détenteurs de la propriété foncière, le projet réduit au strict nécessaire la rémunération de l'officier public pour les transactions les moins importantes et diminue également le taux des perceptions fiscales. La partie la plus originale du projet est celle qui a trait à la publicité des causes de résolution et de nullité. Nous y trouvons une application à peu près complète, dans les cas les plus pratiques, du système idéal que nous avons précédemment établi.

En premier lieu, la résolution des contrats translatifs immobiliers pour cause d'inexécution des conditions et spécialement pour défaut de paiement du prix, la révocation des donations pour inexécution des charges ou pour cause de survenance d'enfant, doivent être transcrites dès leur naissance. Il n'est plus question de solidariser l'action résolutoire avec le privilège du vendeur, comme en France ou en Belgique, car cette action ne peut plus être exercée contre les tiers que si le droit de résolution a été, après interpellation spéciale du notaire, formellement stipulé au contrat. Par conséquent, les révocations et résolutions de plein droit sont supprimées; l'avantage est immense, les tiers ne risqueront plus, en effet, d'être surpris par une révocation dont l'origine serait demeurée secrète et, comme on l'a fait

justement remarquer, « le vendeur pourra renoncer à son droit de résolution, s'il trouve dans son privilège ou dans la solvabilité des garanties suffisantes. Aucune solution n'est plus favorable au crédit réel ».

Le projet en second lieu, sans faire de distinction entre les révocations *ex nunc* ou *ex tunc* (1), déclare dans son art. 14, qu'aucune demande tendant à faire prononcer la rescision, la résolution ou l'annulation d'un acte transcrit ne sera reçue en justice qu'après avoir été inscrite par l'avoué du demandeur en marge de la transcription.

Enfin, comme dans toutes les législations que nous avons précédemment étudiées, tout jugement rendu sur une semblable demande est également inscrit, sous peine d'une amende de 100 francs infligée à l'avoué, à la suite de la transcription.

Le projet, avons-nous déjà dit, a aussi apporté ses soins à l'organisation matérielle de la publicité. L'acte qui est authententique et doit indiquer la commune de la situation des biens et la désignation cadastrale de l'immeuble (2), c'est-à-dire présente le maximum de garanties possible, est soumis à une procédure de transcription réduite au minimum de formalités. Elle consiste dans le simple dépôt, au bureau de la conservation, de deux expéditions du contrat, dont l'une, après mention de la date et d'un numéro d'ordre, est restituée au déposant, et l'autre retenue au bureau. Les expéditions ainsi gardées sont reliées en volumes et constituent par leur réu-

(1) En raison de leur rareté, le projet ne s'occupe pas, à la différence de la loi belge, des révocations non rétroactives.

(2) Le notaire qui omet ces mentions encourt une amende de 10 francs.

nion le registre de transcriptions. C'est là avant tout, un système pratique et économique (1).

On peut dire, d'après cette rapide analyse, que le projet du grand duché de Luxembourg est le modèle des systèmes de publicité personnelle. Mais ce n'est pas pour autant le modèle des systèmes de publicité en général, car il ne consolide la propriété qu'avec l'appui de la prescription. Ce qui manque pour rendre cet édifice stable, c'est le principe de force probante grâce auquel les acquéreurs se trouvent à l'abri de toutes les causes de nullité et de résolution, même de celles qu'il est impossible de porter à la connaissance des tiers au moment de leur naissance.

En novembre 1891, le Conseil d'Etat repoussait ce principe sous prétexte qu'il paralyse les transactions immobilières plus qu'il ne les consolide. Mais en retirant son projet en 1893, pour mieux profiter des travaux de notre Commission du cadastre, qui, nous le savons, a adopté en principe l'établissement des livres fonciers à force probante, le Gouvernement semble s'être ravisé et, lui aussi, incliner tout doucement vers un système semblable.

V. — Suisse Romande.

Elle comprend les cantons de Genève, de Fribourg, de Tessin et de Neufchâtel. On applique dans ces diverses parties de la Suisse le système français, mais complété et amélioré. Genève, dès 1820, puis les

(1) M. Besson préfère, pour la rapidité des recherches, le registre d'inscriptions sommaire italien ; M. Magnin, *op. cit.*, p. 91, en note, répond que les indications fournies par ce registre sont obscures et incertaines et qu'il faut recourir souvent à la copie de l'acte déposé aux archives, ce qui est une grave entrave à la rapidité vantée par le savant auteur.

codes de Fribourg et de Neufchâtel ont établi la transcription comme condition obligatoire vis-à-vis des tiers pour tous les actes déclaratifs et translatifs de propriété ; ces deux derniers codes dénient tout effet translatif, même entre contractants, aux actes de mutation non authentiques. Ces législations ont également institué la publicité et la spécialité des hypothèques légales du mineur et de la femme mariée (1), et exigent l'indication dans les bordereaux du numéro au cadastre de l'immeuble affecté. Le code du canton de Neufchâtel mérite même une mention spéciale ; il prohibe la condition résolutoire en matière de vente d'immeubles, supprime les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur, enfin établit une relation étroite entre les registres hypothécaires et le cadastre, par la création dans ses bureaux d'un répertoire des parcelles cadastrales, présentant pour chaque parcelle un renvoi aux inscriptions portées sur le registre hypothécaire ; répertoire que nous allons retrouver dans la législation suivante (2).

VI. — Hollande.

La Hollande a sa législation foncière actuellement réglementée par deux arrêtés royaux des 1er août 1828 et 8 août 1820, ainsi que par le Code du 8 août 1838 (3); on y sent l'influence du Code civil français, qui y fut appliqué quelque temps et celle des *devoirs de loi* qui s'y étaient implantés si solidement.

(1) L'hypothèque judiciaire supprimée en 1851 dans le canton de Genève est restreinte dans les autres cantons aux jugements prononçant une condamnation de plus de 200 francs.

(2) Bien entendu, la transcription et l'inscription ont, dans la Suisse romande, les mêmes effets qu'en France, effets sur lesquels nous ne voulons plus revenir.

(3) V. Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, tome II, p. 389.

Comme chez nous, sont soumis à la transcription, c'est-à-dire à la publicité, tous les actes entre vifs translatifs ou constitutifs de la propriété immobilière ; le législateur écarte donc des registres toutes les transmissions *mortis causa*, *ab intestat* ou testamentaires ; exception est faite, cependant, pour les substitutions testamentaires permises.

Cette omission des mutations par décès s'explique dans une certaine mesure : en Hollande, comme à Rome, le contrat par lui-même est incapable d'assurer le transfert de la propriété, il faut tradition et juste titre et c'est alors le fait de la transcription de ce juste titre qui consacre et valide le transfert tout aussi bien entre des parties qu'à l'égard des tiers ; en conséquence, et par cela même qu'elle suppose l'existence d'une convention translative, la transcription du droit hollandais devait rester étrangère aux transmissions *ab intestat* ou testamentaires (1).

C'est surtout au point de vue hypothécaire que la législation hollandaise se distingue de la nôtre. D'après l'art. 1226, toutes les hypothèques sans exception n'ont de rang, même vis-à-vis des créanciers chirographaires, que du jour où elles sont inscrites ; toutes doivent être spécialisées quant au montant de la créance garantie et quant à la désignation de l'immeuble grevé (2), soit dans l'acte qui

(1) Le législateur aurait pu prescrire la publicité de ces mutations par décès, non comme condition de leur validité, mais seulement pour les rendre opposables aux tiers, qui ont le plus grand intérêt à connaître ces modifications du propriétaire apparent. Il est d'autant moins excusable que, dans le but que nous venons de formuler, il ordonne à l'art. 207, la transcription, au greffe du tribunal, de tous les contrats de mariage contenant des clauses dérogatoires au régime de communauté.

(2) Le contrat hypothécaire et les bordereaux d'inscription contiennent, en effet, la désignation précise de l'immeuble, sa nature, sa situation et le numéro qui lui est assigné au cadastre.

les constitue, soit dans le jugement qui en doit tenir lieu. Il n'y a pas d'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale existe, en ce sens seulement, que si le mari ou le tuteur ne veulent pas la fournir volontairement, ils peuvent y être contraints par jugement (art. 1219). Les privilèges, ne passant dans le Code qu'après les hypothèques et le gage, n'ont donc pas besoin d'être inscrits (art. 1180). Il n'y a pas de privilèges spéciaux sur les immeubles, à l'instar de notre art. 2103; aussi, les vendeurs, copartageants et bailleurs de fonds stipulent-ils dans leurs actes de véritables hypothèques qui doivent être inscrites dans la huitaine de la transcription, pour pouvoir, contrairement au principe admis, rétroagir à la date des contrats qui les ont établies.

Un caractère tout particulier à la loi hollandaise, est celui de la perpétuité reconnue à toute inscription. A la différence des autres pays de transcription, il n'y a pas ici de péremption des inscriptions et, par suite, pas lieu à leur renouvellement. Aussi, importe-t-il que la plus grande précision préside à leur constitution.

Il nous reste à examiner le côté le plus original de cette législation, nous voulons parler de l'organisation matérielle et pratique de la publicité qui est basée sur le cadastre perpétuellement tenu au courant.

Quatre registres principaux se trouvent comme chez nous à la conservation des hypothèques: un *registre journal* analogue à notre registre de dépôts, un *registre des transcriptions*, un *registre des inscriptions* et enfin un *registre général* qui semble rappeler notre répertoire alphabétique. C'est en effet une sorte de livre foncier à feuillets personnels, où sont ouverts des comptes spéciaux à chaque propriétaire

et présentant, au-dessous du nom de ce dernier, les mutations de propriété, les constitutions de droits réels ou de charges hypothécaires et toutes les références cadastrales relatives aux immeubles qu'il possède, c'est-à-dire et en un mot, le bilan exact de l'actif et du passif de tout propriétaire foncier. Jusqu'ici, il n'y a donc rien de bien différent du système employé en France, mais où nous trouvons une particularité essentielle et vraiment curieuse, c'est dans l'obligation pour le conservateur de tenir au *registre général* une table indicative des parcelles du cadastre, avec renvoi pour chacune d'elles au volume et à la case des comptes individuels où elle figure.

Pour faciliter encore les recherches au registre général, le conservateur tient une table alphabétique des noms des propriétaires.

Ainsi les intéressés, soit qu'ils se fassent délivrer des extraits des transcriptions ou inscriptions, soit qu'ils consultent eux-mêmes les registres de publicité, faculté qui leur est accordée comme en Italie, trouvent dans le registre général un guide pratique et relativement sûr (nous dirons pourquoi tout à l'heure). Grâce à ce registre en effet et à la table alphabétique qui y est jointe, ils pourront connaître la situation hypothécaire exacte d'une personne déterminée, et s'ils désirent être au courant de la situation juridique d'un immeuble déterminé, ils auront leur renseignement par la table parcellaire, sans qu'il leur soit besoin de connaître le nom du propriétaire. Les avantages qui résultent d'un tel système de publicité à la fois personnelle comme en France et réelle comme en Allemagne, sont assez frappants pour nous dispenser de tout commentaire.

On comprend qu'avec un semblable régime, il doive exister une concordance constante entre le

service hypothécaire et celui du cadastre; c'est pourquoi le législateur a décidé que ces deux services seraient remis dans les mains des conservateurs (1).

Le système hollandais, quoiqu'il soit le plus complet et le plus perfectionné des systèmes de transcription, n'offre cependant, disions-nous plus haut, qu'une sûreté relative. Les conservateurs, en effet, « transcrivent indifféremment tout ce qu'on leur présente aux risques et périls des requérants ». La transcription, par conséquent, bien qu'elle ait la force translative au regard des contractants, ne met obstacle, comme dans toutes les législations précédemment étudiées ni à l'usucapion, ni aux diverses causes d'annulation et de résolution.

(1) V. Besson, *op. cit.*, p. 223, pour les détails sur la mise à jour du cadastre. Les plans primitifs restent intacts; c'est sur des points supplémentaires qu'on établit le tracé des parcelles dont la contenance ou la configuration a été modifiée.

CHAPITRE II

Pays de livres fonciers.

SECTION I.

Législations de l'Empire Allemand.

L'Empire d'Allemagne est régi, au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers, depuis le 1er janvier 1900, par le Code civil du 18 août et par deux lois du 24 mars 1896 relatives l'une aux livres fonciers et l'autre à la procédure de vente et d'administration forcée.

Quatre principes généraux forment la base de la législation actuelle, ce sont : ceux de publicité absolue, de spécialité par la personnification de l'immeuble, de force probante des registres publics et de légalité, mais il s'en faut de beaucoup qu'ils aient trouvé d'emblée cette expression doctrinale, et ce n'est que peu à peu que ce système a été érigé. C'est pourquoi, avant d'étudier la législation présente, il importe de voir rapidement quelles ont été ses origines.

Aux époques primitives du droit germanique, la terre, souvenir de l'époque où elle constituait le patrimoine collectif et inaliénable de la communauté villageoise, ne pouvait se transmettre qu'en public devant l'assemblée du peuple. Plus tard, il suffit

d'une déclaration solennelle de l'aliénation, suivie d'une investiture émanée de l'autorité, d'abord le *thing*, puis les *Scabini* ou *Schoffen*, et, enfin, les justices seigneuriales. Nous avons décrit, à propos du droit franc, les formalités qui composaient la procédure et nous n'y reviendrons pas ; nous rappellerons simplement que cette publicité des transferts était étrangère à toute notion de crédit.

La procédure était d'abord purement orale, mais vers le XII^e^ siècle s'introduisit l'usage de mentionner les actes sur des livres : les *Gerichtsbücher*, qui furent ainsi les premiers livres fonciers.

Cette mention, exigée d'abord pour la preuve, devient bientôt indispensable pour la validité même du transfert. Dès le XIII^e^ siècle, en Moravie et en Bohême, se fait jour le principe de l'acquisition par la seule inscription, principe qui se répand bientôt dans le reste de l'Allemagne. Tous les actes juridiques ayant trait à des immeubles devaient être inscrits dans un ordre chronologique, les uns à la suite des autres, sur les livres terriers dont les énonciations, subordonnées à une vérification préalable du droit des parties, faisaient foi en justice. Nous trouvons donc dans ces *Landtafeln* ou *tabulæ terræ*, les principes essentiels du droit moderne de l'empire allemand que nous énoncions en tête de ce chapitre : publicité absolue, force probante, légalité.

Au XV^e^ siècle, par suite de la renaissance du droit romain qui avait pénétré dans la pratique des tribunaux comme dans l'enseignement de l'Université, toute cette organisation fut sur le point de disparaître. La transmission de la propriété foncière se réalisa alors par simple tradition réelle ou fictive, indépendamment de toute inscription et investiture, et pour l'hypothèque il ne fut même plus besoin

d'une tradition, le droit réel se constituant comme à Rome, par le simple effet du consentement.

Cependant, plusieurs territoires et certaines villes, comme celles de *la Hanse,* restèrent obstinément fidèles aux coutumes antiques et continuèrent à exiger l'investiture judiciaire, mais en ajoutant l'inscription sur des registres publics, comme condition essentielle pour les transferts de propriété ou les constitutions de droits réels immobiliers.

Partant de ces villes, l'opposition aux doctrines romaines s'étendit peu à peu ; dès le XVII^e^ siècle, le droit romain, après un triomphe passager dans presque toute l'Allemagne, dut céder à la réaction, et l'antique règle de la publicité des mutations revint partout sous une forme plus savante et plus appropriée aux besoins de l'époque.

Ce fut la Prusse qui prit la direction du mouvement. Frédéric I^er^, dans deux édits de 1693 et de 1722 (1), ordonna l'inscription par les soins du magistrat de tous les immeubles préalablement numérotés sur un registre spécial, ainsi que la publicité de toutes les hypothèques. Ces édits, mal rédigés, défectueux dans leur système, ne reçurent jamais qu'une application restreinte et furent remplacés, sous le règne de Frédéric II, par la fameuse ordonnance du 20 septembre 1783 qui a été longtemps considérée en Allemagne comme le modèle des codes hypothécaires. La loi de 1783 soumettait à la publicité, dans un délai, sous peine d'amende, tous actes ou faits emportant transfert ou modification de la propriété immobilière, c'est-à-dire les

(1) L'édit de 1722 n'est que la généralisation à tous les territoires de celui de 1693, qui ne s'appliquait qu'aux villes résidences de Berlin et de Cologne.

mutations entre vifs ou par décès, les actes de partage, les créances hypothécaires, les hypothèques légales, tacites, etc... Toutes ces inscriptions se faisaient sur un nouveau modèle de livre foncier tenu dans chaque province par les tribunaux et disposé de manière à présenter pour tout bien fonds, un tableau synoptique exact de la situation aussi bien de fait que juridique. Chaque feuillet de ce registre portait comme titre : le nom, la situation et la désignation d'un immeuble. Trois rubriques divisaient la page. Dans la première, on lisait le nom des propriétaires successifs, l'origine de propriété et la valeur du domaine; dans la seconde, les charges réelles, restrictions et limitations du droit de propriété; enfin, la troisième contenait les créances hypothécaires et leurs cessions. Une colonne était réservée aux radiations.

Aucun droit réel ne pouvait être consenti sur un immeuble avant qu'il n'ait été immatriculé (art. 56).

L'ordonnance de 1783 consacrait, non seulement le principe de la publicité absolue et de la spécialité, mais encore exigeait que les actes admis à l'inscription fussent authentiques et que, préalablement à la formalité, on les soumit au contrôle sévère des tribunaux (1); c'était là l'application du principe de la légalité.

Seulement ce code hypothécaire ne donnait pas force probante aux énonciations des livres fonciers; l'inscription n'avait point pour effet de purger l'immeuble des droits que les tiers pouvaient y préten-

(1) Les tribunaux, bien que ne répondant pas de l'authenticité et de la validité des actes à eux présentés, devaient cependant examiner si les formalités exigées par la loi civile avaient été remplies, si l'aliénateur avait le droit de disposer et si l'acquéreur était capable d'acquérir.

dre ; elle était impuissante à affranchir le titre d'acquisition des causes de nullité et de révocation dont le droit des anciens propriétaires était entaché. Le Code civil général prussien de 1794 remédia dans une certaine mesure à ce régime de publicité qui n'offrait aux acquéreurs de la propriété foncière qu'une sécurité relative, en décidant dans son art. 140 que « toute constitution d'hypothèque contre le possesseur inscrit serait valable et devrait être maintenue quoique plus tard il serait établi que ce possesseur n'était pas le véritable propriétaire ». Ce n'était là qu'une demi-mesure de protection, car les bienfaits du principe de la force probante ne s'étendaient pas aux tiers acquéreurs qui cependant y ont aussi droit que les prêteurs sur hypothèque. Au cas d'expropriation forcée seulement, le bien vendu passait absolument libre et à l'abri de toute éviction, entre les mains de l'adjudicataire (art. 93 et 100).

Ce manque de sécurité ainsi que la difficulté et la lenteur de l'organisation des livres fonciers furent les raisons pour lesquelles beaucoup de propriétaires s'abstinrent de faire publier leur titre.

Mais l'impulsion avait été donnée et au cours du siècle, le principe de la force probante des livres fonciers triompha définitivement. Plusieurs lois hypothécaires, à qui l'ordonnance de 1783 avait servi de modèle, réalisèrent à ce point de vue, allons-nous voir, un grand progrès sur la législation prussienne.

A. — Bavière.

Les principes généraux de l'ordonnance de 1783 se trouvent consacrés dans une loi du 1er juin 1822. Tout immeuble susceptible d'être grevé d'un droit réel ou d'une charge quelconque, doit être inscrit

au nom de son propriétaire sur le livre foncier. Ces droits réels et ces charges, les hypothèques légales comme les hypothèques conventionnelles, tout cela est soumis au double principe de la publicité et de la spécialité (art. 93) (1).

La tenue des registres est confiée aux tribunaux de district qui, avant de procéder à l'inscription, examinent la demande, vérifient la capacité des parties, etc... La publicité acquiert ainsi un caractère judiciaire qui permet à la loi de l'assimiler à la chose jugée, étant faite « sous la foi publique ». La conséquence forcée de cet examen judiciaire de la demande d'inscription est l'autorité absolue des énonciations des livres fonciers. Cette conséquence, que nous ne rencontrions pas tout à l'heure en Prusse, se trouve formellement exprimée dans l'art. 5 de la loi du 1er juin 1822, que nous citons en entier. « Il résulte de la publicité des registres, que tout ce qu'on a fait sur la foi des inscriptions et sans fraude, doit produire en droit et hypothécairement tous les effets conformes à ces inscriptions. Personne ne peut se prévaloir de l'ignorance de ce qui est contenu sur les registres. Celui qui est lésé n'a qu'un droit personnel de demande en dommages-intérêts contre qui de droit ».

La publicité n'a pas l'avantage, comme en Prusse, d'être concentrée en un livre unique : le livre foncier, car la loi de 1822 ordonne la tenue de deux registres distincts, l'un pour les mutations de propriété, l'autre pour les hypothèques. Il faut la réunion de leurs énonciations pour avoir la situation exacte d'un immeuble au point de vue juridique.

(1) Le système des prénotations est aussi admis en Bavière comme dans tout le reste de l'Allemagne et a la même portée.
Nous donnerons un peu plus loin des explications à ce sujet.

B. — Saxe.

La loi saxonne du 6 novembre 1843, mise en vigueur par un décret du 15 février 1844, consacre très fermement les principes du système germanique. La publicité des transferts de propriété et des constitutions de droits réels est indispensable, non seulement à l'égard des tiers, mais comme condition de la transmission ou du contract entre les parties (art. 2 et 3). Une amende est même infligée à tout acquéreur qui ne s'est pas fait inscrire sur un livre foncier dans un délai déterminé (art. 174 et 176).

L'hypothèque, quelle qu'elle soit, est de plus spécialisée quant au gage et quant à la créance garantie (art. 47, 48) ; son inscription est accompagnée de la délivrance d'un extrait certifié du feuillet de l'immeuble, appelé lettre hypothécaire, accessoire inséparable de la créance et qui ne peut se transférer qu'avec elle. Enfin, nous trouvons rigoureusement appliqué, d'une part le principe de la force probante des registres publics avec le système des prénotations, que nous allons bientôt étudier (loi prussienne de 1872), comme tempérament et d'autre part celui de la légalité grâce au contrôle absolu des tribunaux hypothécaires. L'organisation matérielle de la publicité est assurée par un registre unique à peu près semblable à celui que nous avons décrit en étudiant la loi de 1783.

C. — Wurtemberg.

La loi du 15 avril 1825 offre une analogie frappante avec la loi bavaroise de 1822. Tous les droits réels et toutes les charges sont soumis à la publicité et à la spécialité absolue; il y a également dualité de registres. La particularité de cette législation réside

dans ce fait que la tenue des registres est confiée non plus à l'autorité judiciaire, mais aux conseils municipaux qui sont chargés d'examiner les demandes d'inscription, d'apprécier la valeur des titres à eux soumis et enfin d'autoriser la mention du droit nouveau sur le registre afférent. Ce sont eux en un mot qui, par leur contrôle, consacrent le principe de la légalité.

Aur termes des art. 57 et 65, les énonciations des registres ont force probante et les tiers peuvent contracter en toute sécurité, en s'en remettant à eux (1).

Les résultats de cette organisation hypothécaire toute spéciale ont été, paraît-il, des plus satisfaisants ; bien qu'il nous semble difficile de trouver dans des assemblées issues des hasards électoraux des hommes ayant les capacités nécessaires que réclame l'étude, si délicate en droit, de la matière des transferts immobiliers et de la gestion hypothécaire.

D. — Villes libres.

Les livres fonciers de la Hanse : Hambourg, Brême et Lubeck, comptent parmi les plus anciens de l'Allemagne, c'est dans ces villes, avons-nous dit plus haut, que s'étaient conservées lors de la réaction du droit romain, les notions de la publicité immobilière. Ces villes ont adopté des systèmes reproduisant les trois grands principes du système germanique : publicité sans réserve, force probante, légalité. Mais la ville de Brême présente une orga-

(1) Le véritable propriétaire ne peut être évincé lorsque son nom n'a été retranché des livres fonciers que par suite d'une confusion ou d'une erreur ; mais ceci, toutefois, sans jamais pouvoir nuire aux tiers de bonne foi.

nisation de la publicité si particulière, que nous ne pouvons la passer sous silence (1).

A Brême, la propriété des immeubles ne se transfère, même entre les parties, qu'au moyen d'une investiture solennelle émanée de la commission foncière (*Erbe und Handfesten Amt*), commission composée de magistrats nommés à cette fonction par la Cour d'appel.

Toutes les ventes, même amiables, sont entourées de formalités de purge (insertions dans les journaux, oppositions, etc...) fort semblables aux formalités de l'appropriance de Bretagne, et qui, se produisant pour toutes les mutations, entraînent un renouvellement absolu dans l'état juridique du fonds.

L'investiture est portée sur un registre dont chaque feuillet est affecté à l'immeuble. Le feuillet qui se renouvelle à chaque mutation contient avec la description du fond, le nombre et le montant des *Handfesten*. Les *Handfesten* sont des titres hypothécaires ou sortes de lettres de gage, que la commission foncière, après publicité dans les journaux, permet au propriétaire de tirer sur lui-même et qui représentent une portion de l'immeuble dont la jouissance reste en entier dans ses mains. Après délivrance, aucune contestation sur leur validité n'est admise. Chacune d'elles, extraite du registre des biens fonds, qui fait souche, contient le nom du propriétaire, la désignation de l'immeuble, le montant du chiffre pour lequel elle est délivrée et un numéro d'ordre qui résulte de la valeur des *Handfesten* créés antérieurement sur le même fonds. Ce

(1) V. pour tous les détails, Challamel : Etude sur le régime foncier de la ville de Brême. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1878. — Besson, *op. cit.*, p. 285.

numéro est un élément très actif pour la circulation de la *Handfeste,* car jamais le créancier qui en est investi ne peut obtenir un rang supérieur à celui indiqué, même si le propriétaire n'engage pas celles qui sont, par leur date, antérieures à la sienne.

Le débiteur peut donc mesurer son crédit suivant ses besoins et garder, pour les moments difficiles, les *Handfesten* premières en rang (1).

Le système de la ville de Brême, outre qu'il implique une procédure longue et compliquée constituant une gêne intolérable pour les transactions immobilières, serait d'un emploi difficile dans un pays un peu étendu où les tiers ne pourraient pas se rendre compte par eux-mêmes de la valeur de l'immeuble qu'on leur offre en gage, attendu surtout que le nombre des *Handfesten* qu'un propriétaire peut se faire délivrer n'est pas limité et que l'on ne sait jamais combien il en circule effectivement.

E. — Système prussien 1872.

Le système prussien a été réformé et réorganisé par les quatre lois du 5 mai 1872. Les deux premières seules nous intéressent. L'une intitulée « loi sur l'acquisition de la propriété foncière » pose les principes du système, l'autre appelée « loi sur les livres fonciers » a pour objet sa réglementation pratique. Nous allons les étudier avec quelques détails parce qu'elles forment une synthèse de ce qu'on a coutume d'appeler le système germanique et qu'elles sont le fondement même du Code civil allemand de 1900.

(1) L'hypothèque, au sens où nous l'entendons ordinairement, se manifestera d'une façon publique lorsque l'immeuble sur laquelle a été créé la *Handfeste,* fera l'objet d'une vente. Le porteur devra alors pourvoir, dans un délai de rigueur, à l'inscription de son titre sur le registre des oppositions.

La base de tout le système est l'universelle application de la publicité qui s'étend à tous les modes d'acquisition entre vifs ou par décès et à tous les droits qui peuvent affecter les immeubles, sauf quelques exceptions spécialement indiquées (1).

En France, la transmission s'accomplit, entre l'ancien et le nouveau possesseur, par le seul effet de l'échange des volontés ; en Prusse, au contraire, la convention n'a aucun effet translatif et l'antique distinction du contrat et de l'acte de transfert subsiste. « En cas d'aliénation volontaire, dit l'art. 1er de la première loi, la propriété d'un immeuble n'est acquise que par une inscription au livre foncier faite à la suite d'un acte d'investiture ».

Le législateur de 1872 a considéré l'investiture comme la meilleure sanction de la publicité et la base la plus solide du système des livres fonciers ; quoique rajeunies, les formalités de l'investiture rappellent les solennités du moyen-âge que nous avons décrites dans notre partie historique. Les contractants comparaissent en personne devant le juge-conservateur (autrefois le seigneur-foncier) et déclarent de vive voix leur intention d'aliéner et d'acquérir ; les symboles seulement ont disparu. Le juge consacre alors le consentement des parties en procédant à l'inscription de l'acheteur comme propriétaire. L'investiture et l'inscription considérées comme conditions indispensables de la validité des mutations, non seulement à l'égard des tiers, mais entre les parties, assurent d'une façon efficace la publicité des transferts. Mais cette efficacité ne pou-

(1) Ces exceptions sont les suivantes : Droits de retrait établis par la loi, servitudes ou services fonciers, baux à ferme ou à loyer (1re loi, art. 12).

vait s'appliquer aux transmissions qui s'opèrent en vertu de la loi sans aucune intervention de la volonté des parties, comme les successions, expropriations pour cause d'utilité publique, etc. Aussi, pour contraindre l'héritier, par exemple, à publier son titre, la loi de 1872 lui refuse la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble héréditaire, tant qu'il ne s'est pas fait lui-même inscrire au livre foncier. (Loi 1re, art. 5).

La publicité résultant de l'inscription n'est pas seulement nécessaire pour les transferts et les charges réelles, mais encore s'applique à tous les faits juridiques diminuant ou résolvant le droit du propriétaire, tels que la révocation des donations, la clause de réméré, les actions en nullité ou résolution, etc... et aucune de ces causes d'éviction ne peut réfléchir contre les ayants-cause du propriétaire qu'à la condition d'avoir été rendue publique.

Quels sont les effets de cette publicité ? Nous trouvons un premier effet qui est commun à toutes les législations : la mention sur les registres règle l'ordre de préférence entre plusieurs ayants-cause tenant leur droit du même auteur ; ainsi entre deux acheteurs d'un même immeuble la préférence appartiendra toujours à celui qui aura rempli le premier les conditions de publicité (1).

En second lieu, tout droit acquis et reposant sur l'autorité des registres est à l'abri de tout droit non inscrit, c'est la force probante reconnue aux livres fonciers. La prescription acquisitive elle-même est

(1) La connaissance qu'aurait l'acquéreur d'un titre antérieur obligeant l'aliénateur à transférer la chose à un tiers, ne ferait point obstacle à l'acquisition. (L. 1re, art. 4.)

rejetée et ne peut s'accomplir vis-à-vis des droits inscrits (1).

Mais le législateur de 1872 n'a pas pourtant donné à ce principe un caractère absolu, il n'a pas voulu enlever aux parties, quand les tiers ne sont pas en cause, le droit de discuter la validité de l'inscription, c'est pourquoi il permet que les inscriptions de propriété soient annulées conformément aux règles du droit civil, sous réserve des droits acquis aux tiers. Voici un exemple qui fixera mieux notre pensée. Un individu acquiert du chef d'un mineur ou de tout être incapable, ignorant sa qualité par suite d'un vice du titre en exécution duquel l'investiture a eu lieu; il ne pourra opposer le bénéfice de la force probante et sera soumis à l'action en nullité de l'inscription. Mais si cet acquéreur vend à un tiers, ce dernier est couvert par la force probante, car il n'avait à s'assurer que de la capacité de son auteur immédiat qui, nous le supposons, est inattaquable. Une double condition est exigée cependant pour que les tiers puissent se retrancher derrière l'autorité des registres publics; il faut qu'ils aient contracté de bonne foi, c'est-à-dire n'aient pas connu la cause d'annulation et que leurs droits sur l'immeuble aient été acquis à titre onéreux (L. 1re, art. 9); le donataire de bonne ou de mauvaise foi ne sera donc jamais à l'abri de tout danger.

Mais si le principe de force probante, dans la mesure où il est admis, confère aux tiers acquéreurs et créanciers une sécurité complète, il n'est pas moins vrai qu'il lèse, dans certains cas, des droits

(1) Elle reste cependant possible contre les droits qui s'acquièrent sans le secours de la publicité, ainsi par exemple, contre celui de l'héritier qui ne s'est pas fait inscrire.

vraiment intéressants. Ainsi celui qui exerce une demande en revendication doit respecter tous les droits concédés à titre onéreux aux tiers de bonne foi; il n'aura qu'une action personnelle, ordinairement insuffisante, comme recours contre le propriétaire apparent. C'est là une conséquence extrême, mais inévitable et dont les inconvénients sont heureusement atténués par la théorie des *prénotations*, dont nous avons déjà précédemment prononcé plusieurs fois le nom et qui va faire maintenant l'objet de nos explications.

La prénotation ou avertissement est une mesure conservatoire accordée à quiconque revendique un immeuble ou la constitution ou l'annulation d'un droit réel sur cet immeuble; elle garantit celui qui la requiert contre les aliénations ou concessions de droits réels, qui pourraient être consenties par le propriétaire du bien fonds entre le jour de la demande et celui où il y est fait droit. Prenons un exemple. Un vendeur poursuit pour une cause quelconque la radiation de l'inscription prise par l'acheteur ; d'après les principes, tous les droits acquis par les tiers de bonne foi doivent subsister ; le demandeur, grâce à une prénotation insérée, avec la permission du juge, sur le livre foncier, limite ce danger et quand la radiation est ordonnée, si tous les droits concédés aux tiers antérieurement à la prénotation subsistent, ceux acquis postérieurement deviennent caducs par le seul effet de la radiation. Au cas où le demandeur succomberait dans son action, tous les droits et toutes les charges sont naturellement consolidés et la prénotation, elle, à son tour, est radiée (1).

(1) On pourrait trouver également un exemple de prénotation

Le système des prénotations, dont nous retrouvons l'idée dans notre art. 958 du Code civil relatif aux révocations de donations pour cause d'ingratitude, constitue donc un excellent procédé pour concilier, dans la mesure du possible du moins, des intérêts contraires mis en présence : celui du nouveau possesseur et celui des anciens propriétaires. Il n'a pas, comme on pourrait le croire, l'inconvénient d'être parfois illégitime et chicanier, et d'encombrer les registres fonciers, car, ainsi que nous le disions plus haut, ces demandes ne peuvent être insérées que sur la permission du juge ou avec le consentement du propriétaire inscrit.

Nous trouvons enfin dans la loi de 1872 l'application d'un dernier principe qui est regardé par les jurisconsultes allemands, avons-nous dit, en étudiant la législation de la Bavière, comme la source toute naturelle de celui de la force probante reconnue aux livres fonciers ; c'est le principe de la légalité : « La légalité, d'après M. Bufnoir, c'est le contrôle préalable, c'est la vérification antérieure des droits des parties, ce sont les précautions prises pour ne pas établir ou établir le moins possible une contradiction entre l'inscription et le droit véritable des parties » (1). Le conservateur en Prusse n'a pas, comme dans le droit français, un rôle purement passif, ce n'est pas un fonctionnaire, c'est un magistrat qui vérifie si la demande d'inscription est justifiée en droit ou en fait, sa décision a l'autorité de la chose jugée.

D'après l'ordonnance de 1783, le juge conserva-

dans l'hypothèse inverse où l'aliénateur refuse de procéder aux formalités de l'investiture nécessaire pour la perfection du transfert.

(1) Procès-verbaux de la Commission du Cadastre. Fasc. I, p. 198.

teur devait « examiner si les conditions requises pour la perfection des contrats ont été observées, si les actes ont été rédigés avec clarté et rectitude, s'ils sont revêtus des formes extérieures exigées pour les actes qu'ils concernent » (1).

Dans la loi de 1872, le principe de la légalité a bien perdu de son énergie primitive. Dans toute demande d'inscription, le juge conservateur doit vérifier la validité de la déclaration d'investiture, voir s'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux, s'assurer que l'aliénateur est inscrit comme propriétaire au livre foncier, que l'immeuble est dans le commerce, que les contractants sont capables d'aliéner ou d'acquérir, et que les parties consentent réellement à l'acte en question. S'il s'agit d'un immeuble transmis par succession, et par conséquent qui ne donne pas lieu à dessaisine, le conservateur ne pourra inscrire que sur le vu de pièces probantes, certificats de propriété, attestations de l'autorité judiciaire.

Mais le juge conservateur n'a plus à s'inquiéter des vices du titre qui sert de fondement au transfert. Ainsi, par un phénomène curieux, c'est au moment où le principe de force probante est admis et triomphe complètement que le système de la légalité, auquel il doit sa naissance, commence à décliner, il ne disparaît pas presque entièrement, comme le prétend M. Bufnoir, car il est facile par l'énumération que nous avons faite des fonctions du *Grundbuchrichter*, de se rendre compte qu'il y a encore loin de ce magistrat à notre conservateur des hypothèques.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des transferts de propriété, si nous passons à la matière des hypothè-

(1) Loi 2e, art. 13.

ques, nous trouvons encore l'application des quatre principes ci-dessus énoncés.

L'hypothèque ne prend naissance que par l'inscription au registre foncier qui est opérée, soit sur la demande du propriétaire concédant, soit sur la demande du concessionnaire, au vu, ou d'un acte contenant le consentement du concédant, ou d'un jugement définitif (1).

La spécialité, corollaire indispensable de la publicité, est exigée ; la demande d'inscription doit donc contenir, dit l'art. 23 (1re loi), « la désignation de l'immeuble et l'estimation du montant de la créance en monnaie légale » (2).

Est-il besoin d'ajouter que les hypothèques tacites, occultes ou générales sont exclues et que le rang des hypothèques conventionnelles est réglé d'après l'ordre des inscriptions? Quant aux privilèges, dans le sens où nous entendons le mot, si nous n'en parlons pas, c'est pour la bonne raison que le législateur allemand n'en admet aucun. La loi de 1872 rejette jusqu'au privilège qui résulte chez nous de la vente d'un immeuble à défaut de paiement comptant, et n'admet à la place qu'une hypothèque ; l'art. 26 dit à ce sujet : « Si le vendeur d'un immeuble en faisant l'investiture à l'acheteur, déclare s'en réserver la propriété jusqu'au paiement du prix,

(1) En ce qui concerne les droits réels immobiliers autres que les hypothèques et dettes foncières, le simple titre crée le droit entre les parties et l'inscription n'est nécessaire seulement que pour le rendre opposable aux tiers (art. 12, 1re loi). C'est là le système français, qui distingue la transmission entre les parties et le transfert à l'égard des tiers. « Il est piquant, dit M. Ferron, de voir cette théorie si vivement critiquée en Allemagne comme contraire à la logique, adoptée sur un point spécial par le législateur prussien ». Ferron, *op. cit.*, p. 281 et la note.

(2) Pour les créances indéterminées, l'inscription est prise pour la plus forte somme que l'immeuble peut garantir (art. 24, 1re loi).

cette réserve ne pourra être inscrite qu'à titre d'hypothèque sur l'immeuble pour le paiement du prix (1).

Le principe de la force probante est également appliqué au cas où l'hypothèque est grevée d'un autre droit réel ou quand elle est cédée. Enfin, l'hypothèque échappe à l'inconvénient du renouvellement obligatoire que nous rencontrons dans tant de législations ; elle continue à produire son effet, même après paiement et extinction de la dette ; elle ne s'éteint que par la radiation matérielle de l'inscription.

Nous venons de décrire les principes qui régissent les lois prussiennes de 1872, voyons maintenant l'organisation pratique de ce système. C'est à l'ordonnance de 1783 que le législateur a emprunté la plupart des règles relatives aux formes de la publicité et à la tenue des livres fonciers.

« Le système prussien, a dit M. Besson, repose sur l'idée d'individualiser les immeubles, par l'inscription de chaque bien fonds sur une feuille spéciale faisant connaître objectivement, d'abord la nature et l'état physique de la propriété, et, en second lieu les droits et les charges qui y sont attachés » (2). Pour arriver à un tel but, il faut forcément s'appuyer sur le cadastre, auquel on emprunte toutes les indications qui seront reproduites sur le livre foncier. (2e loi, art. 4).

Deux systèmes sont adoptés pour sa tenue : le premier, qui fonctionnait déjà sous l'empire du code hypothécaire de Frédéric II, est celui du livre fon-

(1) M. Besson, *op. cit.*, p. 269, montre les dangers qui résultent pour le vendeur d'un tel système par suite du refus de l'acquéreur, ce dernier ayant seul qualité pour requérir l'inscription.

(2) Besson, *op. cit.*, p. 259.

cier à feuilles réelles *(Realfolien)*. Nous l'avons en partie décrit précédemment. Une feuille spéciale, ou pour mieux dire, un compte est ouvert à chaque *Grundstuck*, c'est-à-dire à chaque domaine ou ensemble de biens réunis sous un même nom ou une même exploitation. Il y a dans chaque feuille d'abord un titre contenant dans une colonne le nom du domaine, sa désignation au cadastre, son revenu imposable ou sa valeur locative, et dans une autre, s'il y a lieu, la parcelle distraite; puis trois sections. La première fait connaître le propriétaire de l'immeuble, toute son origine de propriété, la date de l'investiture et de l'inscription et le prix d'acquisition ou son estimation officielle, mais sur sa demande seulement. La seconde a pour objet : les prénotations, les charges perpétuelles autres que l'hypothèque, les restrictions à la propriété, au droit de disposer et les incapacités personnelles (minorité, interdiction). La troisième section concerne les droits réels remboursables : hypothèques et dettes foncières (1).

Le système des feuillets réels n'a pu être appliqué partout. Le sol est très morcelé dans certaines parties de la Prusse où les domaines se divisent avec le temps en parcelles difficiles à distinguer les unes des autres, sans individualité propre et n'ayant entre elles que la communauté de propriétaire (2). C'est alors qu'on se sert du second système de livres fonciers, celui à feuilles personnelles *(Personnalfolien)*.

(1) Chaque section renferme plusieurs colonnes destinées à marquer la naissance du droit, les changements qu'il peut subir et enfin sa radiation.

(2) M. Magnin, *op. cit.*, p. 108, en note, donne un intéressant tableau de répartition des 1.559.712 propriétés privées que comptait la Prusse en 1891.

Chaque propriétaire a une feuille du registre qui lui est consacrée et l'on groupe autour de son nom les différents immeubles qu'il possède dans le ressort du tribunal, avec leur description d'après le cadastre; nous trouvons les trois sections renfermant tous les renseignements juridiques qui concernent ces immeubles.

Il ne faudrait pas croire cependant que ces livres fonciers à feuilles personnelles soient identiques aux répertoires individuels de nos conservateurs. Ils en diffèrent grandement, car ils possèdent des références cadastrales fort exactes qui permettront toujours aux tiers de retrouver l'immeuble sans se préoccuper du nom du possesseur. Aussi, a-t-on pu dire avec raison, que le feuillet personnel est la réunion de plusieurs feuillets réels et que si les recherches dans le second procédé de publicité sont un peu moins promptes que dans le premier, elles sont tout aussi sûres.

Il y a une conservation des livres fonciers dans chaque chef-lieu d'arrondissement judiciaire, conservation placée sous la direction du « *Grundbuchrichter* », magistrat pris parmi les juges du siège et soumis à l'autorité du tribunal. Il a le droit de contrôle et ses décisions ont la valeur d'un jugement en 1re instance. Le bureau se compose en outre d'un teneur de livres et d'un certain nombre de secrétaires, commis et employés.

Le *Grundbuchrichter* est responsable durant trois années envers les parties de toutes fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions, mais subsidiairement seulement et au cas où la partie lésée ne pourrait se faire indemniser autrement (Loi 2e, art. 29). S'il est insolvable, la victime a alors un recours contre l'Etat.

Outre les livres fonciers proprement dits *(Grundbücher)*, il y a dans chaque bureau un dépôt de titres ou pièces justificatives et un registre d'entrées, analogue à notre registre de dépôt, où sont mentionnés le jour, l'heure, la minute des demandes d'inscription. C'est là une mesure des plus importantes puisque la priorité, entre diverses inscriptions, dépend, non pas comme chez nous de la date de l'inscription, mais de celle de sa demande.

Moins large que le législateur français, le législateur prussien ne permet au *Grundbuchrichter* de communiquer les livres et actes fonciers qu'à ceux qu'il juge avoir un intérêt juridique à en prendre connaissance.

Enfin, on comprend qu'avec un tel système le livre foncier *(Grundbuch)* et le cadastre *(Flurbuch)*, établis pour les mêmes circonscriptions territoriales, doivent être constamment tenus dans un état d'exacte concordance.

Toute inscription de propriété au livre foncier est aussitôt notifiée à l'administration du cadastre qui envoie en retour chaque année au juge foncier un état des changements matériels subis par les immeubles de sa circonscription. De plus, le *Grundbuchrichter* communique à la direction du cadastre un état des mutations inscrites dans le courant de l'année précédente. Il y a ainsi contrôle réciproque.

Avant de terminer cette sommaire étude des lois de 1872 il nous reste à dire quelques mots de l'organisation du crédit foncier, et surtout d'une curieuse institution, dont nous avons prononcé plusieurs fois le nom, et que le législateur prussien fait constamment figurer à côté de l'hypothèque ; nous voulons parler de la dette foncière ou *Grundschuld*.

La dette foncière n'est pas comme l'hypothèque,

au sens où nous l'entendons ordinairement, l'accessoire d'une obligation personnelle, elle constitue une charge réelle indépendante de tout rapport d'obligation entre le propriétaire et le créancier et qui suit le fonds en quelque main qu'il passe. Cette institution est mise en œuvre au moyen de bons fonciers *(Grundschuldbriefe)* qui arrivent à mobiliser non pas le crédit du propriétaire, mais le sol qui lui appartient. Ce n'est pas là une invention de la législation prussienne; l'idée provient probablement des *Handfesten* de Brême et en tout cas a des précédents dans la théorie des cédules hypothécaires de notre loi de messidor an III. Un propriétaire foncier peut (1) donc faire inscrire sur le feuillet de son immeuble une ou plusieurs obligations foncières à son propre nom sans limitation de sommes (2), et, en représentation de ce droit réel, se faire délivrer des bons fonciers ou lettres de gage contenant tous les renseignements nécessaires pour la sécurité du porteur, c'est-à-dire : le nom du propriétaire de l'immeuble, sa valeur d'après les prix d'acquisition des dix dernières années ou des estimations officielles, le montant des hypothèques existantes, la somme pour laquelle ce bon foncier a été émis, enfin un numéro d'ordre qui servira à fixer le rang en cas d'expropriation.

Ces bons fonciers sont signés et scellés par le conservateur, ils se transmettent au porteur ou par endossement et sont munis de coupons d'intérêts payables au porteur.

Comme nous l'avons vu pour les *Handfesten*, le

(1) Il ne peut jamais renoncer à ce droit.

(2) A la différence des cédules de notre décret de messidor an III, dont le montant ne pouvait dépasser les trois quarts de la valeur de la propriété.

propriétaire met en circulation les bons fonciers, préalablement numérotés, dans l'ordre qu'il juge bon et suivant les besoins de son crédit. Le porteur en touche les coupons, poursuit l'expropriation s'il n'est pas payé et, pour réaliser le montant du bon, n'a qu'à le céder.

Quand l'immeuble garantissant les bons fonciers est vendu, l'acquéreur ayant-cause du vendeur ne peut rembourser les obligations avant terme, il succède à toutes les obligations de son auteur tant personnelles que réelles, la procédure de purge étant inconnue en Allemagne sauf en matière de vente forcée. Néanmoins, si lors de l'échéance il ignore en quelles mains se trouvent les lettres de gage, il n'a qu'à consigner leur montant et procéder à des publications légales ; le conservateur fera alors la radiation des inscriptions.

Ainsi donc le bon foncier circule tout comme un effet de commerce ; cette institution d'une haute importance doctrinale n'a guère pénétré cependant dans la pratique, puisque sur 18,000 hypothèques inscrites dans une année à Berlin, on ne compte que 200 dettes foncières environ (1).

Les propriétaires qui ont besoin de crédit se servent plus volontiers du bon hypothécaire *(Pfandbrief)*, délivré également par le juge conservateur; il mobilise l'hypothèque, tout comme le bon foncier mobilise la dette foncière, mais son émission est facultative et transmissible par endossement; il ne peut être cédé que conjointement avec l'obligation personnelle dont l'hypothèque est l'accessoire (2).

(1) Challamel : De la cession des créances hypothécaires, p. 181. Voir également, p. 183, l'énumération des causes qui ont amené l'échec du système de la dette foncière.

(2) La loi exige même que le bon hypothécaire soit joint maté-

Telles sont les principales dispositions des lois prussiennes de 1872 ; de cette esquisse, on peut conclure que ce système présente des avantages considérables et une incontestable supériorité sur tous ceux que nous avons étudié précédemment et principalement sur le nôtre. La publicité y est organisée avec le plus grand soin ; la garantie que donnent aux tiers acquéreurs ou prêteurs les registres fonciers consolidés par les principes de force probante et de légalité est aussi complète que possible, puisqu'elle les met à l'abri de toute action du chef de leur auteur et des propriétaires antérieurs. La sécurité la plus entière préside donc aux transactions pour le bien commun des différents intéressés.

Mais, pour atteindre ce but, le législateur n'a-t-il pas exagéré le formalisme ; ces solennités de l'investiture, par exemple, renouvelées à chaque mutation, ne sont-elles pas excessives ? C'est là une critique qui lui est à juste titre généralement adressée. Il ne suffit pas de mobiliser le crédit par la création de bons fonciers et hypothécaires, il faut aussi permettre à la terre de circuler librement comme objet d'échange, et c'est ce que le législateur a oublié, en surchargeant les transactions immobilières de formalités lourdes et embarrassantes qui les paralysent plus qu'elles ne les consolident.

En somme, à part quelques défectuosités de détail sur lesquelles nous n'avons pas le loisir de nous appesantir, le système foncier prussien de 1872 mérite, dans son ensemble, la réputation dont il jouit parmi les jurisconsultes et les économistes.

riellement au titre d'obligation constatant la créance par un cachet de cire et un ruban.

F. — Code civil allemand.

Les lois de 1872, dont les avantages sont indéniables, devaient forcément servir de modèle aux rédacteurs du Code civil allemand ; ils y ont en effet puisé la plupart des dispositions contenues dans leur œuvre.

Il est inutile de faire l'historique des vicissitudes et des modifications qu'a subies le projet avant de devenir la loi du 18 août 1896 ; sur le point spécial qui nous intéresse, cette dernière a été complétée par deux lois promulguées le 24 mars 1897, l'une sur l'organisation des livres fonciers et qui est inspirée de la seconde loi de 1872, l'autre sur la procédure d'expropriation forcée.

Toutes ces lois sont entrées en vigueur le 1er janvier 1900.

Pour éviter les redites et les longueurs, nous n'étudierons pas en les énumérant les principaux articles relatifs à la transmission du droit de propriété et à la constitution des droits réels. Nous dresserons simplement une sorte de tableau des différents principes et des règles générales qui se trouvent dans le Code civil allemand ; ce sera en quelque sorte un résumé du chapitre précédent. Bien entendu, nous n'oublierons pas de mentionner les plus importantes des quelques modifications que le Code a apportées aux lois de 1872.

1° *Principe de la publicité.* — En France, un trop grand nombre d'acquéreurs, confiants dans la probité d'un aliénateur qu'ils connaissent, négligent souvent de recourir à la transcription de leur titre ; si à leur tour ils vendent et que leur honorabilité inspire une confiance semblable à leur acquéreur, on aura de la sorte une succession de ventes non trans-

crites et comme conséquence un mauvais régime foncier. L'Allemagne a fait tous ses efforts pour éviter ce grave danger en décidant que l'inscription sur les registres opérerait le transfert *inter partes*. La vente allemande n'est donc plus que créatrice d'obligations et parmi celles-ci figure précisément celle de se prêter aux divers actes préparatoires de l'inscription.

Cette inscription sur les registres dans le Code civil est nécessaire, non seulement pour la transmission de la propriété, mais encore pour la constitution des droits réels (art. 837); elle seule est constitutive, translative ou extinctive des hypothèques et de tous les autres droits réels.

2° *Principe de la légalité.* — Il ne suffit pas de veiller à ce que l'inscription soit prise toutes les fois qu'elle doit l'être, il faut surtout éviter qu'elle ne le soit dans les cas où elle ne doit pas l'être, c'est pourquoi on ne confie même pas à un fonctionnaire ordinaire le soin de décider si l'inscription peut et doit être prise, c'est à un individu de l'ordre judiciaire, à un magistrat qu'est réservée la mission de contrôler les réquisitions d'inscription avec pouvoir de les rejeter ou de les admettre. On peut cependant toujours faire appel de sa décision. Son examen porte d'abord sur le titre de l'aliénation, puis sur la capacité des parties, l'absence de vices dans le consentement, etc... Une fois le titre examiné, on procède valablement à l'inscription.

3° Le troisième principe consiste à fonder l'inscription sur le registre au moyen d'un titre simple et certain, aussi l'*acte doit-il être authenthique,* mais celà ne suffit pas. Le Code allemand pose cet autre principe, que, pour transférer la propriété d'un immeuble ou le grever, il faut l'accord des parties limité à cette

translation et l'inscription de ce consentement. La première de ces formalités constitue l'*Ausflassung*. Comme elle est faite en thèse au bureau foncier, elle rappelle l'ancienne investiture ; celle-ci constitue un véritable contrat réel, c'est-à-dire un contrat dont la cause est détachée, l'acquéreur sera inscrit en vertu d'une déclaration pure et simple du vendeur, qu'il transfère ses droits. Nous avons vu que de vives critiques avaient été adressées contre le formalisme excessif de la loi de 1872 qui exigeait absolument la comparution des parties au bureau foncier, le code y a fait droit en permettant de donner d'avance, et par acte authentique, ce consentement à translation.

4° *Principe de la force probante.* — Si l'inscription sur les livres fonciers, avant d'être faite, est soumise à un examen minutieux et long d'un juge, préparé par ses études et surtout par sa mission à discerner les imperfections d'un contrat, d'un homme très compétent, à raison même de la grande expérience acquise, si, en un mot, un contrôle précis et sûr est exercé, on est forcément autorisé à donner une force irréfragable aux mentions des livres fonciers.

Ce principe est nettement indiqué dans l'art. 891, ainsi conçu : « Si un droit est inscrit au profit de quelqu'un sur le livre foncier, on présume que ce droit lui appartient ; lorsqu'un droit inscrit au registre foncier est rayé, on présume que ce droit n'existe pas ».

Comme dans la loi de 1872 nous trouvons une restriction au principe : l'inscription peut exister à tort, mais c'est alors par action qu'il faut réclamer la radiation, laquelle n'aura d'ailleurs pas d'effet contre les tiers ayant acquis sur la foi de cette inscription des droits dans l'intervalle. L'article suivant

cependant excepte le cas où l'acquéreur serait de mauvaise foi : « si quelqu'un, dit l'art. 892, a acquis par acte juridique un droit sur un fonds, ou un droit sur pareil droit, le contenu du registre foncier est censé exact à son profit, à moins qu'une contestation de l'exactitude n'ait été inscrite ou que l'inexactitude ne soit connue de l'acquéreur ». Il est à remarquer que la loi est muette sur l'autre condition prévue par l'art. 9 de la loi 1re de 1872, à savoir que l'acquisition ait lieu à titre onéreux. 5° Le danger que la théorie de la foi due aux registres peut faire courir au véritable propriétaire est atténué au moyen du système des *prénotations* (art. 883). L'examen du titre, avant l'inscription, emporte un certain délai ; pendant ce temps, d'autres droits peuvent s'établir, il faut se garantir contre ces dangers, d'où inscription provisoire. Ce système peut être étendu à d'autres cas ; ainsi dans un procès, pour faire reconnaître son droit, il faut subir de longs délais ; on se garantira contre la prise d'inscription, de la part d'autres personnes, de droits qui pourraient gêner, par une prénotation ; c'est alors dans ce cas, une mesure conservatoire.

6° Abolition de l'usucapion en matière immobilière. Le nom de celui qui possède l'immeuble devient tout à fait indifférent ; celui qui est inscrit sur le registre reste propriétaire ou créancier hypothécaire, tant qu'il n'est pas radié. Ce résultat est très heureux, car il coupe court à tous les procès auxquels donnent lieu la prescription, l'interruption de la prescription, etc. Il y a cependant une exception à ce principe général, elle résulte de l'art. 900 : « Celui qui est inscrit au registre foncier comme propriétaire d'un fonds sans avoir obtenu la propriété, l'acquiert lorsque l'inscription a existé pendant 30 ans et que

durant ce temps il a possédé le fonds comme propriétaire.

« Ce délai de trente ans est compté de la même manière que le délai pour la prescription d'une chose mobilière. Le cours du délai est suspendu aussi longtemps que dure l'inscription au registre foncier d'une contestation de l'exactitude de l'inscription ». Il en est de même pour tout autre droit réel inscrit ou possédé de la même façon. — C'est ce que l'on appelle la prescription tabulaire (1).

Après s'être occupé de la transmission de la propriété ou de ses démembrements, le Code consacre sa section VIII aux hypothèques. Il abolit toute hypothèque occulte ayant une date rétroactive ou antérieure à son inscription ; il supprime également, en principe, les privilèges et hypothèques légales, même sans inscription rétroactive. — La richesse des formes de la dette hypothécaire est très grande ; il y a un principe capital qu'il importe de rappeler : la créance et l'hypothèque naissent distinctes et même il peut n'y avoir qu'une *hypothèque sans créance*, une hypothèque en vertu de laquelle le débiteur ne doit personnellement rien, l'immeuble seul doit ; si l'immeuble périt, la dette périt avec lui ; en outre, elle s'éteint par le délaissement. Cette dette foncière est une sorte de dette réelle analogue aux servitudes ; réalisée dans le bon foncier, elle est l'hypothèque dont la cause ou plutôt l'obligation personnelle, a été détachée ; c'est l'*hypothèque abstraite*. Si le créancier a prêté au-delà de la valeur, tant pis pour lui, il ne peut faire de reproches qu'à l'immeuble son

(1) Les règles de l'ancienne usucapion restent en vigueur, quand il s'agit de deux propriétaires qui ne sont pas inscrits ou quand l'un d'eux, bien qu'inscrit, est décédé ou a disparu.

débiteur et à lui-même, mais non à celui qui a reçu les fonds, car ce dernier a uniquement limité son obligation à l'immeuble. Une seconde conséquence résultant du principe de séparation de la créance et de l'hypothèque, est la survivance de l'hypothèque à la créance tant qu'elle figure sur le registre. Dans certains cas donc où, d'après les principes sur les obligations, la créance garantie par l'hypothèque s'éteint, l'hypothèque n'en continue pas moins à subsister au profit du propriétaire du fonds, c'est ce qu'on appelle l'*hypothèque du propriétaire*. Cela arrive par exemple lorsque ce propriétaire est en même temps le débiteur personnel et qu'il paie le créancier, ou lorsqu'il est devenu à la fois débiteur et créancier.

La dette réelle peut être créée au profit du propriétaire lui-même. Elle réalise ainsi l'hypothèque sur soi-même qui est mise en valeur par un titre hypothécaire contre soi-même sur tel immeuble ; titre qui représente une fraction de l'immeuble. On le met en circulation lorsque l'on veut en l'endossant ; il n'y a que la radiation qui puisse amener sa fin. Nous ne reviendrons pas sur cette application du principe de la monétisation de la propriété, nous avons déjà précédemment indiqué comment le propriétaire peut diviser sa propriété en tranches superposées, non de rang égal, mais toujours de rang descendant et numérotées, et qu'il fait circuler suivant les besoins de son crédit.

En dehors de la rente foncière et de la dette foncière, il reste l'hypothèque ordinaire et classique ; le code allemand en a fait trois variétés : 1° L'hypothèque avec lettre hypothécaire (*Briefhypothek*) ; 2° l'hypothèque négociable sans lettre hypothécaire (*Buckhypotheck*) ; 3° l'hypothèque de sûreté.

Dans le premier cas, l'hypothèque est constatée par une lettre hypothécaire et le droit qui résulte de l'hypothèque est à ce point lié à cette lettre que l'on ne peut faire valoir l'hypothèque qu'en produisant la lettre (art. 1160 et 1162) ; sa transmission a lieu en la remettant (1154). Cette forme l'assimile à un effet de commerce ; le créancier inscrit au livre foncier ne peut faire aucune transmission en vertu de cette inscription s'il n'a pas en main la lettre ; le cessionnaire est donc complètement garanti, de même le constituant, après le remboursement. Elle permet, si l'hypothèque est prise sur soi-même, de ne la concéder que moyennant la remise immédiate des fonds ; ce qui est une garantie de plus pour le créancier.

Il y a hypothèque sans lettre, lorsque l'hypothèque existe indépendamment de la lettre qui peut ne pas être conservée par le créancier, lequel n'en garde pas moins ses droits réels, puisque ceux-ci ne se relient qu'au registre. Elle lui donne en outre la garantie suivante : il doit être avisé de toute mesure d'exécution, puisque l'on donne son nom sur le registre.

L'hypothèque de sûreté est presque identique à l'hypothèque du droit français ; elle fait dépendre le droit réel d'une manière absolue de la créance. Elle est indispensable pour les cas de crédit ouvert (1190) et pour tous ceux où l'on doit garantir hypothécairement des créances résultant de promesses au porteur ou de valeurs à ordre (1187). Il nous semble que l'établissement de toutes ces variétés hypothécaires est une source de grande complication, et que sans doute l'expérience fera revenir à un système plus simple.

Deux lois, en date du 24 mars 1897, sont venues

compléter l'œuvre des rédacteurs du Code civil. La première a trait aux livres fonciers. Le principe est que les registres sont réels et non personnels. C'est l'immeuble qui vit, se meurt, agit sur le registre ; c'est à lui que tout se réfère, le propriétaire n'est que son représentant passager. Les registres sont tenus par parcelle et non par propriétaire. Cependant, les parcelles peuvent être réunies pour former un domaine. La parcelle ou le domaine ont chacun un feuillet spécial, c'est ce qu'exprime énergiquement l'art. 3.

Il n'y a pas besoin que les parcelles soient contiguës pour former un seul domaine, et même l'art. 4 permet de réunir plusieurs immeubles distincts, du même propriétaire, tant qu'il n'en résulte pas de confusion, le feuillet prend alors une demi-personnalité.

La loi du 24 mars 1897 règle la constitution des bureaux et des registres, les conditions des modes d'inscription ou de radiation, les formes de la lettre hypothécaire et du bon foncier, le recours à exercer contre les décisions des bureaux fonciers.

Nous ne dirons rien de la seconde loi, elle a trait à l'expropriation et à l'administration forcée ; excessivement détaillée, elle comprend en même temps toute la procédure d'ordre.

Il importe de ne pas se méprendre sur les intentions du législateur allemand. Le nouveau Code civil, tout en étant une œuvre dont on ne saurait méconnaître ni la grandeur, ni surtout la haute portée politique, n'est sur de nombreuses questions qu'une sorte d'écran : « C'est, a-t-on dit, une belle et grande façade destinée à masquer des constructions plus petites et qui n'appartiennent pas au même style ».

Nous trouvons pour la première fois à la fin de

l'art. 893 la phrase suivante : *à moins que la loi n'en dispose autrement*. Ces expressions reviennent sans cesse dans la suite des textes. C'est en effet la caractéristique de ce code de réserver sur un grand nombre de points, l'application de la loi locale. « Lorsque dans le Code civil, dit l'art. 3 de la loi d'introduction, le droit de la législation est réservé ou qu'il est dit que les dispostitions de ces lois restent en vigueur, ou qu'il peut en être émis par les Etats, les dispositions existantes des lois d'Etat demeurent obligatoires et ceux-ci pourront faire des lois nouvelles ».

Nous voyons donc que l'unité de législation est encore loin d'être complète en Allemagne.

6. — Alsace-Lorraine.

Le régime de publicité de l'Alsace-Lorraine mérite une mention toute spéciale ; nos anciennes provinces françaises ont, en effet, subi une évolution très intéressante au point de vue qui nous occupe et très importante dans ses résultats.

Notre système de publicité par transcription a été, depuis l'annexion de 1871, l'objet d'un certain nombre de lois que nous allons passer en revue. Dès 1874, une loi ordonne la révision du cadastre, encore plus défectueux dans ce pays où le morcellement est extrême que dans les autres régions de la France. Une commission spéciale appelée Délégation d'Alsace-Lorraine (*Landesausschuss*) fut nommée dans le but de préparer la voie à suivre pour arriver à l'introduction complète dans cette province du système des livres fonciers.

Saisie en 1884 d'un projet de loi issu des principes des lois prussiennes de 1872 tendant, par conséquent, à l'application en Alsace-Lorraine d'un livre foncier à force probante, elle le rejeta comme prématuré.

« Il faut attendre, disait-elle, que le renouvellement du cadastre, base première des livres fonciers, soit un fait accompli ».

Une loi du 31 mai 1884, qui met en œuvre celle de 1874, a ordonné la révision ou la réfection du cadastre, suivant l'état de ce dernier dans la commune. L'abornement est obligatoire et s'effectue aux frais des propriétaires. Si au bout de deux ans il n'y a eu aucune contestation sur les limites provisoires, elles deviennent définitives (1).

Une autre loi du 21 juillet 1889 (2), modifiant notre loi de 1855 en lui donnant une bien plus grande extension, est venue, suivant les déclarations de son rapporteur, « éclairer dans la mesure du possible, la situation actuelle de la propriété foncière et faciliter plus tard l'introduction des livres fonciers ». La transcription, de facultative est devenue obligatoire. L'authenticité est exigée, d'après l'article 1er, pour tous les actes de mutation ou de partage et les notaires eux-mêmes sont personnellement et sous leur responsabilité, chargés de l'accomplissement de la formalité. L'action résolutoire, bien que le gouvernement eût demandé qu'elle fût sans effet vis-à-vis des tiers de bonne foi et régulièrement inscrits, reste, comme dans notre loi, solidarisée avec le privilège du vendeur d'immeubles, mais à la condition qu'il soit inscrit dans les quarante-cinq jours et cela sous peine de dégénérer en simple hypothèque (art. 10) ; de cette façon, les dangereux effets de la rétroactivité et de la résolution sont, sinon supprimés, du moins considérablement atténués. Quant

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 262. Les opérations se poursuivent peu à peu et l'on a calculé qu'il faudrait 40 ans pour que l'entreprise soit terminée.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 305.

aux autres actions résolutoires, pour pouvoir être intentées, elles doivent être expressément mentionnées dans l'acte qui lui-même sera transcrit.

La loi de 1889 soumet tous les privilèges et les hypothèques à la règle de la publicité et de la spécialité absolue, c'est-à-dire tant au point de vue des immeubles offerts en gage, qu'au point de vue de la somme à garantir (art. 9) ; les inscriptions hypothécaires ne sont plus astreintes à la nécessité du renouvellement. L'hypothèque judiciaire subsiste, mais ne résulte que des jugements de condamnation, elle est aussi spécialisée quant aux immeubles qu'elle frappe (art. 22).

Des mesures particulières sont édictées pour sauvegarder les intérêts des incapables. L'hypothèque légale du mineur, après délibération du conseil de famille qui en fixe le quantum et les immeubles qu'elle frappe, est inscrite sur la réquisition du tribunal de baillage, qui décide également s'il faut l'étendre ou la réduire au cours de l'incapacité (1).

L'hypothèque légale de la femme mariée est inscrite, du jour où elle a des droits à faire valoir, par les soins du mari ou du ministère public. Elle porte sur des immeubles spécialement désignés, soit dans le contrat de mariage, soit postérieurement. Il faut l'intervention du tribunal pour la restreindre ; la subrogation générale est interdite (art. 20).

Enfin l'inscription de ces hypothèques légales doit être prise au plus tard dans le cours de l'année qui suit la disparition des incapacités. Les bienfaits de ce système extensif de la publicité, ont été complétés par une notable diminution du tarif des droits fis-

(1) On peut surseoir à l'inscription si le tuteur fournit un cautionnement.

caux, et des honoraires auxquels donnent lieu les actes translatifs de propriété; ce sont surtout les petits contrats qui ont été le plus sérieusement dégrevés. (Nous renvoyons pour tous les détails à l'ouvrage de M. Besson, page 229, ainsi qu'au tableau qu'il emprunte au *Bulletin de statistique et de législation comparée du Ministère des Finances).*

Une loi du 21 juin 1891 (1) est venue enfin introduire le *Grundbuck* dans ce pays jusqu'alors de transcription. Le registre foncier, par suite de l'extrême morcellement des parcelles, est uniquement à feuillets personnels (*Personalfolien*), c'est-à-dire qu'il groupe les immeuble autour du nom des propriétaires, qui ont chacun un compte ouvert à une feuille spéciale. Deux répertoires facilitent les recherches : 1° *Un répertoire parcellaire* (répertoire réel); 2° *Un index alphabétique des noms de propriétaires.*

Le juge de paix cantonal, assisté d'un géomètre, est chargé de la tenue des registres fonciers et de la mise au courant du cadastre.

Le principe de la légalité est introduit en Alsace-Lorraine. Le juge cantonal, avant de procéder à l'inscription, a un pouvoir d'examen assez étendu; il recherche si le droit de l'acquéreur, de l'héritier, du successeur irrégulier, du légataire, existe ou non, s'il est de nature à être inscrit, si les conditions de forme ont été remplies, si les différentes pièces nécessaires ont été produites. Nul désormais ne sera inscrit au livre foncier comme propriétaire si son auteur immédiat ne l'est pas lui-même.

Bien que le principe de la légalité existe, celui de la force probante du livre foncier prussien n'a pas

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1892, p. 33.

été admis, et les tiers de bonne foi qui ont traité, en se basant sur les énonciations du registre, peuvent être évincés. Ils le seront et sans avoir été prévenus en aucune façon, lorsqu'une action en résolution, reposant sur un principe d'ordre public, aura été intentée (atteinte à la réserve héréditaire, incapacité du déposant, survenance d'enfants, etc...). Mais s'il s'agit d'une action résolutoire pour inexécution d'obligations résultant du contrat, d'une cause de retour expressément stipulée, elle ne peut réfléchir contre les tiers que si mention de cette cause de résolution a été faite dans l'acte ou inscrite au livre foncier, qu'en un mot, si ces tiers ont été préalablement avertis.

Il importe de donner aussi quelques explications au sujet d'une ordonnance ministérielle du 20 septembre 1891 sur les mesures à prendre en vue de la première inscription sur le livre foncier, inscription qui réclame en effet un soin et une exactitude toute spéciale. Aussitôt que le cadastre est terminé dans une commune, le tribunal, par des affiches et par la voie des journaux, informe tous les propriétaires de la confection des livres fonciers. Chaque propriétaire désigné comme tel à la matrice cadastrale est appelé en audience spéciale pour fournir ses titres de propriété et indiquer ses auteurs. Puis les intéressés sont avertis d'avoir à faire valoir leurs droits dans un délai de vingt-huit jours, faute de quoi ils seront non avenus. Passé ce délai, et lorsque toutes les contestations ont été réglées par justice, le registre est confectionné et il reste quatorze jours à la mairie où il peut encore être fait opposition à ses énonciations. Après toutes ces formalités, le livre foncier est définitif.

Depuis le 1er janvier 1900, le Code civil allemand

résultant de la loi générale de 1897 est appliqué en Alsace-Lorraine (art. 5 de la loi d'introduction), dans les communes, du moins, dont le cadastre est achevé et où, par conséquent, le livre foncier est établi. Nous savons que la loi de 1897 a laissé une certaine latitude au législateur de chaque état pour régler comme il l'entend les transferts immobiliers et la forme des livres fonciers, c'est pourquoi le feuillet personnel seul continue à subsister dans ce pays. Il est toutefois un principe, qui jusqu'ici, avons-nous vu, faisait défaut, c'est celui de la force probante ; grâce à la nouvelle loi, qui l'étend sans aucune restriction à l'empire allemand entier, il est maintenant appliqué dans toute son étendue en Alsace-Lorraine.

SECTION II

Autriche.

Dès le XIII^e^ siècle, on trouve en Bohême et en Moravie les *Landtafeln* ou *tabulæ terræ* qui peu à peu s'étendirent à tout l'empire (1); ils soumettaient les transferts immobiliers à l'inscription ainsi qu'à l'assentiment de l'assemblée populaire ; passé un délai, ils devenaient irrévocables. Ce système présentait de nombreux inconvénients, dont le plus grand était le classement des inscriptions par ordre chronologique.

(1) Voir l'étude de RANDA : *Du développement historique des livres fonciers en Autriche.* Bulletin de la Société de législation comparée, 1879, p. 464.

En 1794, les anciens livres terriers furent transformés en livres fonciers à *realfolien*, le Code civil de 1811 conserva cette pratique, mais n'accorda aucune force probante aux registres : la maxime *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* fut appliquée dans l'art. 442.

Les vives réclamations suscitées par un tel état de choses et aussi par le défaut de concordance entre le cadastre et le livre foncier, amenèrent la loi du 25 juillet 1871 qui régit actuellement l'Autriche (1).

Comme en Allemagne, l'inscription est indispensable à l'acquisition, la transmission, la restriction et l'extinction des droits réels sur les immeubles (2).

Le principe de la légalité reçoit une large application; la requête en inscription est adressée non plus au juge, le *Grundbuchrichter*, mais au tribunal tout entier, *Grundbuchgericht*, qui vérifie les points suivants : 1° La requête n'est-elle pas en opposition avec les mentions du livre foncier? 2° Les titres produits justifient-ils la demande? 3° Les formes prescrites ont-elles été observées? 4° Les parties sont-elles capables? Même si la requête est rejetée, il en est fait mention au registre pour lui conserver son rang en cas d'appel. Si elle est acceptée, la décision est notifiée au bureau du livre foncier qui pourvoit à son exécution. La théorie de la force probante n'est admise que dans une certaine mesure. Une action en nullité peut être intentée tant que les délais de prescription ne sont pas expirés (3)

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 232 et 286.

(2) Le législateur autrichien admet cependant une présomption légale de propriété à la suite d'une convention suivie de tradition.

(3) Bien entendu, un recours peut être formé contre la décision judiciaire qui a ordonné l'inscription, tant que cette décision n'est pas passée en force de chose jugée.

(art. 62); l'action est mentionnée au livre dans un délai variant de 30 à 60 jours, et doit être exercée dans les 60 jours qui suivent.

Si le demandeur (1) triomphe, tous les droits acquis sur la foi de l'inscription et même ceux avant la mention dont il vient d'être parlé, tombent; quand l'action est exercée après les délais, il n'y a que ces derniers qui subsistent. La loi autrichienne respecte donc, plus que le code allemand, les droits du véritable propriétaire, mais au détriment des tiers acquéreurs et prêteurs de bonne foi.

Il importe de signaler une particularité vraiment remarquable de cette législation : tandis qu'en Allemagne les droits réels transcrits aux livres fonciers sont à l'abri de la prescription acquisitive, le code autrichien les y laisse soumis, mais subordonne l'éviction du titulaire à deux conditions : 1° l'acquéreur, à l'expiration des délais, pour profiter de ses droits, devra se faire inscrire sur le registre foncier (art. 1466 et suiv.); 2° la prescription accomplie ne peut préjudicier aux tiers de bonne foi ayant acquis des droits sur l'immeuble à titre onéreux (art. 1500). Pour l'organisation matérielle de la publicité et la tenue des registres, nous renvoyons aux ouvrages de M. Besson (p. 298 et suiv.), et de M. Ferron (p. 335 et suiv.), nous dirons seulement que le livre foncier autrichien est réel, quelque soit l'état de morcellement du sol (2).

(1) Ordinairement, le demandeur est averti de l'inscription; car, aux termes de l'article 122, toute une série de personnes doivent être informées d'office des décisions intervenues sur les demandes d'inscription.

(2) Le système foncier autrichien a servi de modèle à la loi hongroise du 15 décembre 1855 et à la loi du 10 février 1881, qui régit la Dalmatie.

SECTION III

Espagne et Portugal.

La législation espagnole, quoique reproduisant les traits principaux des systèmes germaniques, mérite une mention spéciale, car en matière de transfert de propriété, elle consacre certains principes du système français. Ce sont les lois du 8 février 1861 et du 21 décembre 1869 qui règlent la matière qui nous occupe ; elles ont été intégralement respectées par le nouveau Code civil de 1889.

Les principes de publicité et de spécialité sont appliqués dans toute leur rigueur, aussi bien pour les transferts immobiliers entre vifs ou *mortis causa* que pour les constitutions de droits réels, privilèges ou hypothèques, soit conventionnelles, soit testamentaires, soit légales. Ces dernières ont même fait l'objet d'une préoccupation toute particulière de la part du législateur espagnol qui, voulant protéger les incapables efficacement, a décidé qu'outre les personnes habituellement chargées de requérir les inscriptions (V. ce que nous avons dit à ce sujet dans l'étude des législations de la Belgique et de l'Italie), les notaires seraient tenus d'y procéder dans les 48 heures en envoyant au bureau foncier un résumé analytique des actes par eux reçus. En cas de négligence ou d'omission de la part du *Registrador*, le ministère public et le président du tribunal lui-même, doivent être avisés, pour qu'ils puissent au besoin y procéder d'office.

Un caractère vraiment original se rencontre dans les effets que la loi espagnole assigne à l'inscription. Comme en France, la publicité ne joue aucun rôle entre les parties ; l'aliénateur est dessaisi et l'acqué-

reur devient propriétaire par le seul effet de l'échange des consentements. Mais dans les rapports des parties avec les tiers, nous trouvons tous les heureux effets des systèmes allemands ; l'inscription d'une part règle l'ordre de préférence entre plusieurs acquéreurs d'un même immeuble, d'autre part elle consolide le titre de l'acquéreur en mettant ce dernier, s'il est de bonne foi, à l'abri (1) de toutes les actions en resciscion ou résolution dont la cause n'est pas relatée sur les registres. Le principe de la force probante est donc consacré sinon entre les parties, du moins au regard des tiers.

Les conséquences de la théorie de la force probante sont atténuées par le système des prénotations servant à garantir les droits réels qui, en raison de leur caractère provisoire ou de leur indétermination, ne sont pas susceptibles d'être inscrits.

Les registres publics ou de propriété sont tenus dans chaque arrondissement par un conservateur ou *Registrador* qui, bien que fonctionnaire de l'ordre administratif, dépend dans une certaine mesure de l'autorité judiciaire chargée de la surveillance et de l'inspection des registres. Comme le *Grundbuchrichter* allemand, avant d'opérer une inscription, il doit s'assurer que la demande est fondée, que les parties sont capables et les titres produits réguliers ; c'est bien là une application du principe de la légalité.

Le *Registrador* est responsable des fautes et omis-

(1) La loi espagnole ajoute une seconde condition, empruntée à la législation autrichienne : l'inscription opérée en faveur des ayants-cause du propriétaire doit être notifiée à tous les autres possesseurs inscrits dans les vingt dernières années et il faut qu'elle n'ait provoqué de leur part aucune réclamation pour devenir irrévocable. (Art. 34.)

sions par lui commises sur un cautionnement déposé avant son entrée en fonction. En aucun cas la partie lésée ne peut, comme dans le système allemand, recourir subsidiairement contre l'Etat.

Les registres ne sont ouverts, dit l'art. 3 de la loi de 1861, « qu'aux actes publics, aux jugements exécutoires ou à tels autres documents authentiques émanant de l'autorité judiciaire ou du gouvernement et de ses agents ».

Cette mesure est des plus rationnelles, elle comporte une exception en faveur de ceux qui ne peuvent produire de titres écrits parce que leur droit se fonde sur une possession immémoriale; ils sont alors, après enquête, immatriculés *à titre de possession* et ne peuvent se prévaloir de la foi publique des registres qu'à l'expiration des délais de la prescription.

Enfin tout intéressé a le droit de compulser les registres à la seule condition d'en adresser verbalement la demande au *Registrador*.

La législation espagnole ne produit pas, paraît-il, tous les heureux effets qu'on devrait en attendre. La constitution des livres fonciers ne se poursuit que très lentement et un tiers des propriétaires fonciers ne figure pas encore sur les registres à l'heure actuelle. Cet insuccès provient du caractère en quelque sorte facultatif de la formalité de l'inscription et de l'insuffisance des sanctions en cas de non-publicité; pour assurer cependant l'exécution de la publicité prescrite, la loi espagnole décide que tout acte qui y est soumis ne peut être produit en justice qu'après y avoir satisfait. Cette mesure n'a malheureusement qu'une sphère d'application trop restreinte pour avoir quelque efficacité. La situation foncière de l'Espagne est des plus lamentables et le crédit

réel ne se développe pour ainsi dire pas. On s'est beaucoup préoccupé ces dernières années d'améliorer un tel état de choses et le 9 février 1890 les Cortès ont voté la prise en considération d'un projet de loi, dû au Comte de San-Bernardo, qui a pour but d'introduire dans la péninsule le système de l'*Act Torrens* (1).

M. Besson, qui a analysé le projet (2), pense qu'il n'a pas beaucoup de chance de réussir, car, comme la loi de 1861, il ne rend pas l'immatriculation obligatoire.

Portugal.

La publicité des droits réels est régie actuellement dans le Portugal par les dispositions combinées du Code civil de 1867, du décret du 17 décembre 1869 et d'un règlement général approuvé par décret du 28 avril 1870. Nous trouvons des règles à peu près identiques à celles que nous venons de rencontrer en Espagne.

Sont sujets à inscription tous les actes et faits juridiques énumérés dans l'art. 949 du Code portugais, c'est-à-dire les transmissions de propriété, constitutions de droits réels, charges foncières et autres droits d'où résulte une diminution ou une altération quelconque du droit de propriété. Comme en Espagne et comme en France, l'inscription sur les registres ne joue aucun rôle au point de vue du transfert entre les parties ; les contractants n'encourent aucune pénalité en éludant la formalité ; cette dernière est nécessaire en ce sens seulement qu'elle constitue le

(1) Voir la traduction du projet : *Annales de l'enregistrement*, 1890, p. 367.

(2) Besson, *op. cit.*, p. 375 et suiv.

seul moyen légal de rendre opposable aux tiers le droit réel conféré à l'acquéreur par son contrat.

Nous trouvons dans cette législation les principes que nous avons tant de fois énumérés : la force probante des registres fonciers à l'égard des tiers acquéreurs ou créanciers de bonne foi; le principe de la légalité, c'est-à-dire le droit de vérification préalable du conservateur; le système des prénotations; enfin la publicité et la spécialité absolue en matière hypothécaire.

La publicité du Code portugais est essentiellement réelle et mérite d'être signalée à cause de sa bizarre organisation. Au lieu d'avoir, comme en Prusse, un livre foncier où sur chaque feuillet sont mentionnés tous les renseignements intéressant l'immeuble, nous trouvons quatre registres dont l'ensemble des inscriptions est nécessaire pour constituer le livre foncier au sens propre du mot : 1° Le registre predial fixant l'identité des propriétés et qui indique pour chacune d'elles, le nom, la nature et la situation de l'héritage, sa conformation, le numéro cadastral, la valeur vénale, le revenu et les parcelles qui le composent; 2° Le registre des tranferts de propriété; 3° Le registre des hypothèques; 4° Le registre des inscriptions des droits réels autres que les hypothèques.

Pour faciliter les recherches, il est tenu deux répertoires : l'un réel présentant dans l'ordre du cadastre la série des parcelles enregistrées au livre foncier avec le numéro d'inscription de chacune d'elles; l'autre personnel, c'est-à-dire contenant la table alphabétique des noms de propriétaires.

Outre cette complication inutile et ce manque de simplicité, il convient de signaler ce fait qu'en Por-

tugal l'immatriculation de la propriété foncière n'a pas un caractère général et réglementaire.

Les héritages ne sont pas enregistrés au livre predial dans l'ordre du cadastre, car cette formalité ne devient obligatoire qu'autant qu'il y a lieu d'inscrire un droit réel sur l'immeuble. C'est là assurément une organisation défectueuse.

SECTION IV

Suède.

Les transmissions de propriété ont conservé, dans les pays scandinaves, quelques-uns des caractères qu'elles présentaient dans le très ancien droit germanique. En Suède, l'aliénation ne se produit qu'au moyen d'une solennité accomplie devant le *Thing*, tribunal composé de douze hommes libres, et d'une déclaration d'investiture précédée de trois proclamations (V. Beauchet, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, Paris, 1904).

La loi du 16 juin 1875 (1) a introduit le livre foncier basé sur le cadastre et tenu par immeuble. Il y a une grande ressemblance avec le système prussien ; nous trouvons le même examen de la régularité du titre avant l'inscription, la même investiture, la même spécialisation et la même publicité absolue.

Mais, si nous envisageons les effets de la publicité, la différence entre les deux législations est

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 203. Une ordonnance du 14 septembre 1876 a réglé la tenue des registres.

grande. Comme en France, l'investiture et la transcription ne font que rendre le titre opposable aux tiers ; c'est pourquoi la loi suédoise refuse toute force probante aux livres fonciers dont les énonciations ne font pas obstacle aux actions en revendication, et ne mettent à l'abri les tiers acquéreurs, même de bonne foi, qu'après une possession de 30 années à titre de propriétaire.

Le seul effet de l'investiture est de régler le rang des transmissions et des constitutions de droits réels sur un même immeuble, et encore, dans le cas où deux investitures seraient demandées le même jour, ce serait la date des contrats qui déciderait entre les requérants.

CHAPITRE III

Act Torrens.

SECTION I

Australie.

A l'époque où toutes les nations voulaient étendre leur puissance coloniale et recherchaient en particulier des colonies de peuplement, l'Australie fut désignée comme un des pays se prêtant le mieux à ce projet. Jusqu'alors elle était peuplée de colons *(squatters)* sinon nomades, du moins très peu attachés au sol et se contentant de l'élevage en grand du bétail, ce qui leur était très facile, puisqu'ils avaient à leur disposition d'immenses pâturages naturels, qu'ils louaient à l'Etat. L'immigration y fut d'autant plus considérable que, outre la clémence du climat et la qualité des terrains concédés ou achetés *(free-selection)*, on venait de découvrir de riches gisements aurifères. Il faut aussi ajouter que les Etats Australiens qui voulaient tirer un parti avantageux de leurs énormes territoires encouragèrent et subventionnèrent généreusement l'émigration.

Il y eut bientôt transformations radicales dans la propriété foncière et les terres, qui autrefois étaient en quelque sorte indivises entre les squatters,

devinrent la propriété particulière et privée d'une foule de *free selectors*. Il fallait naturellement protéger la propriété, assurer la sécurité des transactions dont elle fait l'objet, en un mot, veiller à sa consolidation.

Sir Robert Richard Torrens, alors directeur de l'Enregistrement de la South-Australia, connaissant mieux que personne les inconvénients résultant du système des *deeds* anglais (1) qui était appliqué dans la colonie et qui ne donnait aux tiers qu'une sécurité illusoire, conçut un système spécial de publicité immobilière. Après une longue campagne, il rallia à son idée le Parlement d'Australie méridionale ; le premier acte dans lequel ait pris corps ce système « destiné, dit la loi, à simplifier la législation sur le transfert et l'engagement des francs ténéments et autres droits réels immobiliers est le *Real property act*, en date du 2 juillet 1858, appliqué dans la South-Australia. Un régime analogue fut adopté dans le Queensland et la Tasmanie en 1861, dans les provinces de Victoria et de New-South-Wales en 1862, dans la Nouvelle-Zélande en 1870 et l'Australie occidentale en 1874. Le 10 juillet 1890, le Parlement de Victoria a voté une rédaction nouvelle de cette loi amendée sur plusieurs points.

Le principe essentiel du *Real property act* est, dit M. Besson, « de substituer aux titres de propriété

(1) La propriété foncière n'avait d'autre base que les titres ou *deeds* qui devaient être enregistrés pour être opposables aux tiers. Cet enregistrement ressemblait à notre transcription ; il consistait dans un dépôt, ce qui amenait rapidement un amoncellement considérable de documents où les recherches devenaient, à un certain moment, impossibles. Pour la clarté de l'exposé, nous présentons le système des colonies avant celui de la métropole, mais il reste bien entendu que, jusqu'en 1858, il n'y avait pour tous les pays anglais qu'un seul et même régime.

résultant des contrats, un certificat nominatif d'inscription sur les registres matrice de la propriété foncière, certificat prouvant, à lui seul et d'une manière décisive, le droit du porteur, et dont le transfert s'opère dans les conditions tout à fait comparables à celles de la cession d'un titre nominatif de rentes sur l'Etat ».

On a beaucoup discuté sur le point de savoir où sir Robert Torrens avait puisé ses premières idées ; lui-même reconnaît s'être inspiré des principes du droit germanique et spécialement de certaines pratiques usitées dans les villes de la Hanse pour les transferts immobiliers. M. Maxwell, son continuateur et qui a fait doter les *Straits settlements de Malacca* d'un système semblable, déclare au contraire en avoir trouvé les éléments dans les règles généralement appliquées en matière de vente de navires. Enfin, M. Besson et beaucoup d'autres après lui, estiment que l'Act Torrens offre l'esquisse très ressemblante de notre ancienne Appropriance de Bretagne(1). Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de savoir c'est que nous sommes en face d'une œuvre originale, dont nous allons essayer de mettre en lumière les principaux traits caractéristiques.

L'immatriculation est le point de départ, le fondement de tout système de publicité réelle, et l'inscription est une condition de validité pour tous les actes relatifs à ces immeubles immatriculés. L'immatriculation est cependant facultative en Australie, mais il faut bien s'entendre sur cette faculté que l'on a trop souvent considérée, à tort, comme une particularité du régime australien et à laquelle on a adressé le reproche de créer une dualité de

(1) Besson, *op. cit.*, p. 338 et 339.

régime nécessitant un service d'enregistrement spécial pour chacune des deux méthodes et par conséquent deux administrations distinctes, deux séries de registres et de tables et une énorme accumulation d'archives. Souvent il suffit de rendre une mesure obligatoire pour la faire avorter, alors même qu'il doit en découler des avantages évidents ; c'est ce qu'ont parfaitement compris les auteurs de la réforme en édictant cette sorte de liberté transitoire qui devait atténuer les effets du nouveau régime et par suite les résistances des principaux intéressés : les *sollicitors*. Ces derniers avaient été jusqu'alors chargés de l'établissement et de la vérification des titres de propriété, besogne qui entraînait parfois des recherches considérables et qui par conséquent était pour eux une source de très gros honoraires ; avec une réforme radicale ils auraient vu disparaître le plus clair de leurs gains et n'auraient pas manqué de se liguer contre elle avec acharnement (1). Sir Torrens avait donc eu raison de les ménager, mais il faut bien noter que ce n'est qu'une mesure transitoire, applicable aux terres concédées par la Couronne avant la promulgation de l'act, qui ne régit en aucune façon celles concédées postérieurement et pour lesquelles l'immatriculation est obligatoire.

En 1866, quand le régime a été inauguré à Malacca, tous les concessionnaires ont été catégoriquement soumis à l'obligation de procéder à l'immatriculation de leurs biens, sous peine de ne pou-

(1) Les sollicitors n'ont point perdu avec le nouveau régime autant qu'ils le croyaient, puisqu'ils sont chargés la plupart du temps de rédiger les *memorandums* ou formules imprimées avec blancs à remplir, que les parties doivent remettre au *Registrar*.

voir ni les vendre, ni les engager, tant que cette formalité n'aura pas été remplie.

La procédure de la première immatriculation est une véritable purge de tous les droits occultes qui peuvent peser sur l'immeuble, elle entraîne des effets irrévocables, c'est pourquoi les lois l'ont entourée de nombreuses formalités et de précautions très minutieuses.

Un propriétaire qui veut faire immatriculer son immeuble adresse une demande au bureau des titres de propriété, suivant une formule établie par la loi; il y indique les propriétaires voisins, les charges qui frappent l'immeuble, tous les *deeds* ou titres sur lesquels il base son droit de propriété. A la requête sont joints les actes qu'il vient d'énumérer, ainsi qu'un plan de son immeuble dressé et certifié par un géomètre breveté.

On procède alors à un double examen; d'une part le géomètre chef s'assure de l'identité du bien fonds et de ses limites, d'autre part des préposés sont chargés de vérifier au point de vue juridique la demande d'immatriculation. Les titres du requérant sont examinés et discutés à trois degrés de juridiction : d'abord par le vérificateur des titres, puis par un sollicitor attaché au bureau, enfin par des commissaires des titres réunis sous la présidence du *Registrar general*. Il ne faut pas agir à la légère, et la vérification des titres de propriété ne saurait être entourée de trop de précautions. Elle est faite, en effet, une fois pour toutes, et ne se renouvellera plus pour les transferts ultérieurs, le certificat initial servant de base à toutes les transactions futures.

Si la demande ne paraît pas fondée, le Registrar la rejette de plano, si, au contraire, les titres paraissent probants, des notifications sont faites aux pro-

priétaires voisins ainsi qu'à tous les intéressés ; la demande est insérée dans les journaux officiels d'Australie et d'Angleterre, et des délais, pouvant varier de deux mois à trois ans, fixés par la commission, s'écouleront avant l'immatriculation. Passé les délais, s'il ne s'est produit aucune opposition ou que celles présentées aient été rejetées, le Registrar général délivre le certificat de titre.

Jusqu'ici nous avons une série de formalités à peu près semblables à celles que nous avons décrites dans le système employé en Alsace-Lorraine pour l'immatriculation sur les registres fonciers, mais c'est dans la forme même de cette immatriculation que réside l'originalité de la loi australienne.

Le Registrar dresse sur papier fort ou sur parchemin deux certificats de titres identiques, contenant au recto le nom du propriétaire, la description matérielle de l'immeuble, l'énumération des charges et droits réels qui le grèvent et qui ont été conservés par la voie de l'opposition, au verso le plan de cet immeuble. Un des exemplaires signé et scellé est remis à l'intéressé, l'autre, portant un numéro d'ordre, est conservé et relié dans le registre matrice dont il forme un feuillet. Désormais, l'immeuble est irrévocablement placé sous le système Torrens.

Ce certificat délivré par le Registrar constitue dès lors le titre unique et exclusif du propriétaire ; il jouit d'une force probante absolue. C'est lui qui est la base de tout droit réel, c'est sur lui que s'opèrent toutes les mentions de mutations ou constitutions de droits réels, c'est en somme « l'instrument de transfert lui-même », comme le dit si bien M. Besson. Le registre matrice (*Register book*) correspond au *Grundbuck* allemand ; c'est un véritable registre foncier, il importe cependant de noter des diffé-

rences. Dans l'un et l'autre pays, chaque immeuble est bien représenté par un feuillet spécial, mais tandis qu'en Prusse le registre foncier est la contrepartie exacte du cadastre, en Australie, comme les immatriculations sont facultatives, les immeubles sont classés au registre matrice dans un ordre chronologique, au fur et à mesure des immatriculations accomplies, d'où l'obligation, pour faciliter les recherches, de recourir à des répertoires contenant la liste des propriétaires inscrits et des propriétés immatriculées.

En Prusse, une fois l'inscription au livre foncier réalisée, les titres de propriété anciens sont rendus au nouvel acquéreur inscrit.

En Australie, les *deeds* et autres pièces déposées par le requérant sont frappées d'une mention d'annulation et laissées dans les archives du bureau foncier, il ne reste plus au propriétaire que le titre qui deviendra désormais, suivant l'heureuse expression de M. Ferron, « le pivot, l'axe de toutes les transactions relatives à l'immeuble ».

Voyons comment s'opèrent ces transactions. C'est un principe commun à tous les pays de livres fonciers qu'aucun droit réel immobilier ne peut être transmis, modifié ou éteint que par une inscription sur le registre foncier, en Australie, par conséquent, ce n'est pas le contrat mais l'inscription opérée sur le certificat de titre qui réalise le transfert de la propriété.

Afin d'éviter des longueurs résultant de clauses de style ou de développements parasites, l'Act Torrens a établi des formules sommaires pour toutes les transactions auxquelles la propriété peut donner lieu. Le désir de sir Torrens était qu'à l'aide de ces *memorandums*, tout homme muni de connaissances

moyennes pût arriver à faire lui-même ses affaires ; son rêve n'a pas été réalisé, car ce travail est ordinairement accompli par des *courtiers en immeubles brevetés* ou des *sollicitors*.

Un propriétaire veut-il vendre son immeuble ? Il rédige un memorandum de transfert contenant le nom de l'acquéreur, le prix de l'aliénation et les charges réelles établies sur l'immeuble, renvoyant pour la description de ce dernier au certificat de titre. Il remet ce memorandum, après avoir fait certifier sa signature par un seul témoin, en même temps que son certificat de titre, au Registrar ; celui-ci, après les vérifications légales, mentionne la mutation au folio de l'immeuble sur le registre et garde le memorandum. Au cas d'aliénation totale, le nouveau propriétaire peut, à son gré, recevoir ou un nouveau titre ou le titre primitif revêtu de la mention de tranfert ; s'il y a seulement aliénation partielle, un nouveau compte est ouvert à l'acheteur qui reçoit un certificat de titre pour la portion acquise ; quant au vendeur, il a le choix « soit de laisser au bureau l'ancien titre annulé, quant à la portion vendue, s'il a l'intention de vendre ultérieurement le reliquat, soit de réclamer un nouveau certificat pour la partie de l'immeuble qu'il conserve, l'ancien certificat étant alors complètement annulé ». (Maxwell, *op. cit.*, p. 61) (1).

Comme les mutations entre vifs, les mutations par décès doivent être inscrites, elles le sont tout aussi facilement que les autres ; les héritiers du légataire n'ont à faire parvenir au Registrar que les certificats

(1) Dans la colonie de Victoria, jusqu'en 1890, un nouveau titre était exigé dans tous les cas. Voir à ce sujet, Ferron, *op. cit.*, p. 356 et suiv.

de titres auxquels ils joignent les pièces établissant leur qualité de successibles : testament accompagné de l'acte de *probate* qui correspond à peu près à notre procès-verbal d'ouverture et de description de testament, lettre d'envoi en possession, etc....

Il importe de remarquer que dans ce système les mutations de propriété en général ont beaucoup d'analogie avec celles des titres nominatifs de rente sur l'Etat français. Au contraire, en Allemagne, il y a lieu chaque fois à une nouvelle investiture avec rédaction d'un instrument authentique et vérification approfondie de la déclaration de dessaisine. La procédure à suivre est la même pour toutes les autres transactions ou faits juridiques concernant la propriété, tels que le bail, le mort-gage, la cession et la résiliation de bail, etc.... Le propriétaire dresse un memorandum en double dans le sens de l'acte qu'il désire accomplir, puis, après l'avoir signé et fait certifier sa signature par un seul témoin ; il y joint son certificat et envoie le tout au Registrar, celui-ci mentionne le contrat sur le registre matrice et sur le certificat de titre qu'il rend au propriétaire, il garde l'un des memorandums et envoie l'autre au créancier ou au locataire qui conserve ainsi la preuve de son droit. Quand par exemple le bail est fini ou résilié, quand le *mort-gage* est remboursé, le locataire ou le créancier mentionne le fait au dos de son memorandum en faisant toujours certifier sa signature par un témoin ; il envoie cette décharge au propriétaire qui la fait parvenir avec son titre au Registrar ; ce dernier annule le memorandum et procède à la radiation de l'inscription sur le certificat et la feuille correspondante du *registerbook*.

De cette façon les tiers, par la seule inspection du certificat de titre, sont toujours exactement rensei-

gnés sur la situation juridique de l'immeuble qu'il représente.

Le mort-gage et les baux peuvent être cédés par un simple endossement sur le memorandum, qui est alors envoyé au bureau où l'on inscrit le transfert au folio de l'immeuble. Lorsque le certificat de titre sera présenté pour une raison quelconque on régularisera la situation en procédant à son égard à la même formalité.

A côté de l'hypothèque régulièrement constituée, la pratique a inventé un second moyen de crédit, ressemblant à l'avance sur titre de nos banques et qui est employé pour les emprunts à court terme ; c'est le mort-gage *in equity*. L'emprunteur rédige un memorandum dans ce sens, fait certifier sa signature par témoins et le remet avec son certificat de titre au prêteur. Ce dernier n'a rien à craindre, car il sait qu'aucun droit réel ne peut être consenti sur l'immeuble tant qu'il a entre les mains le certificat et par conséquent il n'est besoin de faire aucune inscription. Le jour de l'échéance arrivé, le certificat de titre ainsi que le memorandum sont rendus au débiteur contre remboursement de la somme prêtée. Comme ces avances ne laissent aucune trace sur le titre, avec cette façon d'agir, le crédit du débiteur est dans un certain sens ménagé, mais il ne faudrait pas que les prêts fussent pour une longue période, car l'immeuble pendant ce temps étant entièrement engagé, le crédit de son propriétaire se trouve paralysé. Par ce très court aperçu, nous voyons que dans l'Act Torrens, les principes de publicité, de spécialité et de légalité sont poussés à un degré que les livres fonciers ne sauraient dépasser. Il est un quatrième principe, résultant des trois autres, qui semble même pour certains avoir été exagéré et à

l'étude duquel nous voulons consacrer quelques instants, c'est celui de la force probante des livres fonciers.

Le principe est nettement posé dans l'art. 33 du *real property act*. « Tout certificat de titre, dit-il, fait foi en justice de son contenu et fait preuve que la personne qui y est dénommée est réellement investie des droits qui y sont spécifiés »; plus loin, l'art. 123 vient le confirmer et, pour ne laisser aucun doute sur la question, décide : « Qu'aucune action en éviction ne sera recevable contre le propriétaire immatriculé et que la production en justice du titre formera un obstacle absolu à la poursuite intentée contre la personne qui y est désignée comme propriétaire ».

En Allemagne, il s'en faut de beaucoup que la solidité de l'inscription soit indépendante de la valeur des conventions qui lui servent de base et si la propriété de celui qui est immatriculé est incommutable au regard de tout propriétaire non inscrit, l'acquéreur, avons-nous vu, qui n'a été inscrit sur les registres que sur le fondement d'un contrat annulable ou résoluble, a également une propriété précaire, et l'inscription peut être radiée sur la demande de son co-contractant en sauvegardant cependant les droits des tiers de bonne foi.

En Australie, au contraire, le registre et le certificat constituent entre les contractants, comme au regard des tiers, des titres inattaquables; les art. 33 et 123, que nous avons cités, excluent en effet toute action révocatoire du droit de propriété prouvé par le certificat du titre, quelle que soit la raison invoquée et quel que soit le demandeur. Il y a cependant une exception fort juste à ce principe : l'action en revendication contre le titulaire du certificat est re-

cevable dans le cas d'immatriculation frauduleusement opérée ou d'erreur sur le bornage (1). Toutefois, dans ces différentes hypothèses, la rescision ne peut porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi qui ont contracté à titre onéreux.

L'action se prescrit par six ans, à dater de la dépossession. S'il s'agit d'un incapable, les six années ne coureront qu'à partir de la fin de son incapacité, pourvu toutefois que l'on se trouve dans les trente ans de la dépossession. Le certificat de titre étant dressé sous la garantie de l'Etat, c'est, bien que son action en revendication soit dirigée nominativement contre le Registrar, contre l'Etat lui-même que devra se retourner le propriétaire dépossédé par l'immatriculation. Il devra prouver qu'il subit un préjudice et que celui-ci dérive d'une erreur de l'administration. S'il réussit dans sa demande, il sera désintéressé au moyen des fonds de la caisse d'assurance qu'alimente une taxe (1/2 penny par livre sterling, c'est-à-dire 0,20 pour 1000) prélevée sur la valeur de tout immeuble immatriculé. Les recours à cette caisse d'assurances sont assez rares (2), grâce surtout à l'habileté et à la vigilance du *Registrar*, qui, par suite de l'application du principe de la légalité, exerce des pouvoirs de vérification les plus étendus.

Le *Registrar general*, en effet, n'est ni un fonctionnaire comme notre modeste conservateur, ni, bien qu'il se rapproche du *Grundbuchrichter*, un juge

(1) V. l'art. 74 de l'Act du 10 juillet 1890, rapporté par M. Magnin, *op. cit.*, p. 481 ; il donne les seuls cas de rescision admis : immatriculation précédente, certificat obtenu par fraude, fausse description de parcelle ou de limite. L'art. 82, p. 484, indique la procédure à suivre.

(2) La colonie de Victoria de 1861 à 1871 n'a payé que 11.500 fr. sur une somme de un million qu'elle avait en caisse.

appartenant à la hiérarchie judiciaire et remplissant certaines fonctions administratives, c'est un fonctionnaire de l'ordre administratif, responsable vis-à-vis de l'Etat et couvert par celui-ci, mais qui remplit certaines fonctions judiciaires. Il doit s'assurer à chaque transfert qu'il n'y a pas d'obstacle, que les parties sont capables de contracter, bref, étudier avec soin tous les titres qui lui sont soumis. Il peut surseoir à l'inscription tant que les parties ne produiront pas des pièces régulières et nécessaires, tant que les défectuosités qui s'opposent à l'immatriculation ne seront pas supprimées. C'est à lui enfin qu'est confié la protection des incapables. Ses décisions ne peuvent être modifiées que par une cour d'appel.

De l'organisation intérieure des bureaux fonciers, nous ne dirons rien, sinon qu'il n'y a qu'un bureau de titre par colonie, et qu'il fonctionne au moyen de rouages simples et peu nombreux, que les employés sont en quantité suffisante et largement rémunérés, que la distribution de leur travail est rationnelle et excellente.

Les recherches sont très faciles, le premier venu peut se faire communiquer les registres sans avoir à produire de justification. Une demande est verbalement formulée et moyennant le paiement d'un ticket de 2 à 5 schillings, le visiteur peut, sous la conduite d'un commis, faire ses recherches dans les salles des archives.

Tel est, dans ses grandes lignes, le régime qui régit l'Australie. Non seulement il est arrivé à réaliser la sécurité des transferts et des constitutions de droits réels, mais il a encore favorisé la rapidité des transactions par la création du certificat de titre, véritable photographie du feuillet du registre foncier concernant l'immeuble, et qui, représentant maté-

riellement et juridiquement le fonds, permet au propriétaire de transférer ou d'engager son immeuble sans plus de difficulté qu'il n'en aurait chez nous pour un titre nominatif quelconque. Par suite de la réduction considérable des frais et de la simplification des formalités, les opérations du crédit foncier deviennent chaque jour plus nombreuses ; enfin, la clarté et la simplicité des titres ferment de plus en plus la route aux procès (1).

Est-ce à dire que la législation australienne soit parfaite et doive servir partout de modèle incommutable ? Nous ne le croyons pas. L'Australie est un pays de grande propriété, puisque la valeur moyenne de chaque parcelle est, d'après M. Noël Pardon, de 60.000 fr., le plan cadastral y a été dressé progressivement et aux frais des propriétaires. En France, au contraire, la plupart des communes sont divisées en centaines de parcelles distinctes, dont les limites sont peu précises, qui sont grevées de nombreux droits réels et dont le fondement juridique se base sur des titres très incertains.

Confectionner pour nos 36.000 communes un registre matrice, c'est-à-dire un livre foncier à feuillets réels dont les certificats de titre ne seraient en fin de compte que le double, présente des difficultés qui ont paru à nombre d'auteurs insurmontables. Aucune tâche cependant, quand elle est nécessaire n'est, croyons-nous, impossible, lorsque l'on sait surtout y consacrer le temps qu'elle demande. Mais nous ne voulons pas aborder ici cette question, elle fait l'objet de notre dernière

(1) L'empressement des propriétaires à placer leurs biens fonds sous le régime de l'*Act Torrens* est la meilleure preuve de l'excellence du système. Voir les chiffres fournis à ce sujet dans le rapport de M. Maxwell, p. 37 et suiv.

partie, là nous verrons comment la Commission du cadastre l'a tranchée.

Malgré l'excellence intrinsèque du système, il y a cependant une critique généralement adressée aux lois Australiennes et que nous nous serions fait un scrupule de ne pas signaler, car elle ne nous semble pas manquer de fondement. Le *real property act*, a-t-on dit, a le grand tort de ne pas exiger assez de garanties pour les transmissions de propriété et les constitutions de droits réels; un seul témoin, souvent le premier venu, suffit en effet pour certifier et permettre au *Registrar* de procéder à des inscriptions dont les effets sont irrévocables. L'intérêt des premiers propriétaires est suffisamment protégé à la première immatriculation grâce à la procédure si minutieuse que nous avons décrite plus haut, mais il l'est beaucoup moins quand il s'agit de transferts ordinaires, et, bien que les *sollicitors* fassent une bonne partie des *memorandums*, il aurait peut-être été préférable d'assujettir les actes de transfert, à la condition de l'authenticité.

En pratique, nous le reconnaissons volontiers, les erreurs sont rares et le danger ne doit pas être exagéré, cependant il arrive parfois qu'un faussaire se fait inscrire à la place du propriétaire et le dépouille en aliénant son immeuble ou en le grevant de charges réelles au profit de tiers de bonne foi. Témoin, par exemple, l'affaire *Mesmer*, où nous trouvons un pseudo-mandataire dont le commettant n'a jamais existé (1).

(1) Voir le jugement du Conseil privé de la reine d'Angleterre dans cette curieuse affaire, qui montre bien les fraudes auxquelles peut donner lieu la législation par trop simpliste de l'*Act Torrens*. (Procès-verbaux de la Commission du cadastre, fasc. II, p. 145 et suivantes.)

C'est peut-être ce manque de précaution de la loi foncière qui a amené M. Gide à juger en ces termes le système que nous venons d'étudier : « L'Act Torrens, dit-il, paraît surtout fait pour des sociétés jeunes et affairées, où l'on se préoccupe de faire vite plutôt que de faire bien, où l'on fait assez bon marché de la justice sitôt qu'elle se trouve en conflit avec l'utilité sociale, où les mœurs sont simples et les formes odieuses, où la terre est surabondante, de peu de valeur, par suite, peu morcelée, et ne forme pas une catégorie à part dans les richesses, où l'homme ne voit en elle qu'un instrument de production et non un élément de conservation sociale, où la propriété n'a encore que ses caractères économiques et n'a point revêtu ce qui s'appellerait ses caractères moraux (1).

SECTION II

Angleterre.

Ce n'est que depuis le 1er janvier 1898, qu'une loi est venue assurer en Angleterre le fonctionnement effectif d'un régime de publicité des droits réels (2).

Un tel retard peut s'expliquer par différentes rai-

Suivant M. Magnin « la jurisprudence anglaise, dans cette affaire, a résolument écarté les principes de l'Act Torrens, tellement la situation du propriétaire dépouillé se trouvait digne d'égards. Ce furent les tiers de bonne foi qui payèrent les frais du procès ». (Magnin, *op. cit.*, p. 254.)

(1) Gide, *op. cit.*, p. 315.

(2) V. l'article de M. Dumas : Le nouveau régime de publicité des droits réels en Angleterre, dans la *Revue politique et parlementaire*, 1898, tome III, p. 532 et suiv.

sons. La première, et de beaucoup la plus importante, tient à l'organisation toute particulière de la propriété dans ce pays. On y trouve, tout comme au moyen-âge, la distinction entre le domaine éminent et le domaine utile. Le premier est celui que détient la Couronne directement ou indirectement par l'entremise d'un seigneur, le second appartient aux simples possesseurs. Il y a donc deux sortes de tenures : le *freehold* qui correspond à notre fief et le *copyhold* qui rappelle la censive. En réalité, il faut voir dans ces deux situations de véritables droits de propriété. Une différence se manifeste cependant entre eux au point de vue du mode de transfert. Tandis que pour les freeholds, l'investiture n'existe plus depuis longtemps et est remplacée par des contrats de mutation ou *deeds;* elle continue à subsister à l'égard des copyholds. Pour ces derniers, il y a encore rétrocession symbolique de l'immeuble suivie d'une admission semblable, avec inscription sur les registres du manoir, c'est une véritable formalité de dessaisine-saisine ; les mêmes formalités sont exigées en cas de constitution de droits réels sur les copyholds.

Les transmissions de freeholds sont tout à fait clandestines, les deeds produisant leur effet à l'égard des tiers tout aussi bien qu'entre les parties, sans le secours d'aucune publicité (1). Avec ce système, l'acquéreur n'a d'autre garantie que de vérifier à ses risques et périls les titres de l'aliénateur en remontant jusqu'à soixante ou quarante ans en arrière,

(1) Sur la condition générale de la propriété foncière en Angleterre. V. Glasson : Histoire du droit et des institutions en Angleterre. — Lebret : Etude sur la propriété foncière en Angleterre, Paris, 1882. — Lehr : Eléments de droit civil anglais,

puis de se faire remettre ces titres après la vente (1). En plus de la concentration des propriétés foncières, nous trouvons comme seconde cause le petit nombre de transactions auxquelles elles donnent lieu par suite des clauses d'inaliénabilité grevant la plupart des titres d'acquisition.

L'inexistence de l'hypothèque, semblable à celle que l'on rencontre chez tous les peuples voisins et son remplacement par une sorte de nantissement mobilier appelé *mort-gage*, qui n'est pas autre chose qu'une vente à réméré rappelant l'aliénation fiduciaire des Romains, est une troisième raison pour faire moins sentir en Angleterre que partout ailleurs le besoin de la publicité. Enfin, la résistance des *sollicitors*, dont les services très coûteux étaient absolument nécessaires avec un système semblable, a fortement contribué aussi à en retarder la réforme.

Une telle situation a cependant été modifiée, d'une part par le développement considérable des tenures franches et librement aliénables amenant une circulation plus intense des immeubles, d'autre part par la crise agricole qui a obligé les plus grands propriétaires fonciers à grever leurs domaines du remboursement de leurs dettes.

A partir de ce moment, on a senti le besoin du

(1) Il importe, toutefois, de noter que depuis longtemps le gouvernement s'était rendu compte des obstacles qu'un tel état de chose oppose aux transactions et à l'expansion du crédit. Trois *Acts* passés sous la reine Anne en 1704, 1708, 1709 et un Act de 1735 ordonnèrent que pour les *freeholds* situés dans les comtés de Middlesex, d'York et de Kingston-Upon-Hull, un résumé du deed de transfert devrait être inscrit sur le registre foncier local, sous peine de nullité à l'égard des acquéreurs mort-gagistes ultérieurs. A la même époque, on établit à Dublin un bureau d'enregistrement public pour tous les actes concernant la propriété foncière. Mais malheureusement, ces excellentes mesures ne s'étendirent pas.

bon marché des transactions au moins autant que celui de leur sécurité, et, en présence du succès de l'Act Torrens dans les diverses colonies, on vint à poser la question d'un changement de principes.

Un premier bill de réforme fut voté en 1863, il avait pour but de simplifier les titres de la propriété foncière et de les assujettir à l'enregistrement, il échoua par suite de l'opposition des sollicitors et à cause des frais élevés que nécessitait la première immatriculation.

Une autre réforme en ce sens fut tentée en 1875, elle eut à soutenir les mêmes attaques, et devint rapidement lettre morte.

L'idée d'établir un registre public où s'inscriraient toutes les institutions de droits réels, avait été assez facilement admise, mais le point capital, de savoir dans quelle mesure le registre ferait foi des mentions qui y sont apposées, partageait les esprits, instituerait-on un système analogue à celui de la France, ou bien un semblable à l'Act Torrens ? Ce fut le principe de la force probante absolue qui triompha, mais la loi de 1897 a agi très diplomatiquement en cherchant à ne léser ni les intérêts des propriétaires, ni ceux des hommes de loi qu'il importait au plus haut point de ménager pour la bonne réussite de l'œuvre. Elle décide en effet que tout propriétaire immatriculé sera assuré, non pas d'être maintenu en possession, mais de recevoir une indemnité en cas d'éviction.

Cette solution originale met la propriété à l'abri des risques et des doutes qui, jusqu'ici en paralysaient la circulation, tout en permettant au vrai propriétaire de faire toujours prévaloir ses justes prétentions, et en maintenant l'utilité du ministère des hommes de loi, puisqu'en s'entourant avant l'imma-

triculation de l'assistance d'un sollicitor, l'acquéreur aura plus de chances de conserver la chose et non son équivalent (1).

La loi de 1897 n'a pas osé aller jusqu'au principe de l'immatriculation obligatoire, mais ayant sous les yeux l'échec successif des lois de 1862 et de 1875, échec dû au caractère facultatif de leur application, elle a adopté un système intermédiaire ; c'est celui de l'*option locale*, par lequel chaque Conseil de Comté a le droit de réclamer l'application forcée de la loi dans son ressort administratif. Après observation de certains délais et de quelques formalités, un décret royal rend la loi obligatoire pour ce Comté. La loi de 1897 a spécifié expressément qu'après un tel décret la loi nouvelle ne sera obligatoire qu'en cas de vente et restera facultative pour tout autre. Tels sont les principes nouveaux que nous trouvons dans la loi de 1897 ; quant aux détails d'application de la réforme, ils sont contenus dans la loi de 1875 à laquelle la loi de 1897 est venue donner en quelque sorte une vie nouvelle et que nous allons rapidement analyser.

Il n'y a pour le pays entier qu'un bureau de la conservation foncière, c'est au chef de ce bureau, le *Registrar*, que doit s'adresser, en produisant ses titres, le propriétaire qui désire bénéficier de l'immatriculation. Comme en Australie, ce fonctionnaire est à la fois conservateur et magistrat, il a qualité pour

(1) Le fonds de garantie servant au paiement des indemnités est constitué non pas par une taxe spéciale comme en Australie, mais par le prélèvement sur les recettes du bureau d'immatriculation d'une somme variable fixée annuellement par le lord Chancelier avec l'aide de la Trésorerie. Au cas où la provision serait insuffisante, l'Etat avancerait le complément nécessaire, sauf à se faire rembourser par le fonds de garantie, quand les ressources de celui-ci le permettront.

trancher les questions de droit résultant des titres à lui soumis lorsqu'il ne trouve pas ces derniers assez probants, il peut exiger des preuves supplémentaires et même requérir des titres détenus par des tiers. Celui qui n'a pas de preuve formelle de son droit peut se faire immatriculer avec un titre provisoire au lieu d'un titre absolu. La répression de la fraude est assurée, par des peines sévères allant jusqu'à deux ans de prison et 50 livres sterlings d'amende et par le risque de se heurter à une prénotation du véritable propriétaire.

Les bienfaits de l'immatriculation ne sont mis à la disposition que des propriétaires de tenures franches (1) *(freeholds)*, les *copyholds* restent soumis aux modes de publicité que nous avons indiqué plus haut.

Au moment de l'immatriculation, le *Registrar* remet, à ceux qui la demandent, une copie de l'acte d'immatriculation ou *land certificate*, elle a la même force probante que les mentions originales du registre.

A chaque mutation ou démembrement de la propriété, le Registrar se fait représenter cet extrait et le complète en y mentionnant les qualités actives ou passives dont le nouvel acte peut l'affecter. Si l'immeuble change de mains, il le remet au nouveau propriétaire.

Les aliénations entre vifs, les mutations à cause de mort et les constitutions de droits réels (2) ne de-

(1) L'immatriculation est accessible au titulaire d'un bail de longue durée *(laes-cholder)*, car ce droit peut faire l'objet d'un mort-gage, c'est-à-dire d'une constitution de droit réel qu'il importe de connaître.

(2) Le plus grand reproche que l'on puisse adresser à la loi de 1897, c'est de ne soumettre à la publicité qu'un certain nombre de

viennent parfaites dans le système anglais que par leur inscription au registre foncier.

La loi de 1897 ne peut amener en Angleterre que d'heureux résultats; le mode de publicité qu'elle consacre offre assez d'avantages pour que la plupart des Comtés en rendent l'application forcée. Dès maintenant on peut juger de ses effets et de l'essor considérable qu'elle donne au crédit réel, jusqu'à ce jour si superficiel dans ce pays. Mais ce régime ne peut guère nous servir de modèle.

L'Angleterre est un pays de grande propriété qui peut arriver au système que nous venons de voir sans posséder de cadastre. Il lui suffit pour obtenir un feuillet réel aussi exact que celui des autres pays fonciers, d'exiger que les propriétaires qui demandent l'immatriculation produisent un plan régulier de leur immeuble. En France, la propriété est trop divisée pour recourir à un pareil moyen, ce n'est qu'avec un cadastre refait et continuellement à jour que nous arriverons à introduire chez nous les livres fonciers.

SECTION III

Tunisie.

Si nous avons étudié le système Torrens avec détails, si nous l'avons considéré comme un monu-

droits réels qui sont : le mort-gage, les droits de douaire et de courtoisie, les droits des exécuteurs testamentaires ou des syndics de faillite, les droits viagers acquis en vertu d'un settlement, les droits réels du fisc; et de laisser ignorer aux tiers toute une catégorie de charges, parmi lesquelles nous trouvons les servitudes.

ment législatif de la plus haute importance, c'est qu'il semble répondre admirablement aux besoins économiques de notre empire colonial, auquel satisfait si peu notre régime foncier métropolitain. Quels sont en effet les éléments de vie et de prospérité pour un pays neuf, pour une colonie surtout d'exploitation, sinon la sécurité absolue des propriétaires, la facilité et la rapidité des transactions, le caractère peu onéreux de ces dernières et enfin l'organisation simple et pratique du crédit, entraînant avec elle une parfaite sécurité des créanciers hypothécaires?

Tous ces avantages, l'Act Torrens nous les procure et le succès qu'a obtenu son application dans les colonies anglaises, devait nous faire souhaiter de voir introduire ses principes dans notre législation coloniale.

Une première application, partielle du moins, a été faite dans un pays soumis au protectorat français : la Tunisie. Le régime foncier dont la loi du 1er juillet 1885 a doté la Régence, a été qualifié à juste titre « d'œuvre de sage éclectisme où se combinent heureusement les principes de la loi française et les améliorations dont s'honorent les systèmes fonciers de l'étranger » (1).

Comme pour toute œuvre nouvelle et difficile, on a dû procéder par tâtonnements et des modifications ont été successivement apportées au texte primitif par les lois des 16 mai 1886, 6 novembre 1888 et 15 mars 1892 (2).

A la loi Australienne de 1858, on a emprunté le caractère facultatif de l'immatriculation des immeu-

(1) Besson, *op. cit.*, p. 379.

(2) *Revue algérienne de législation et de jurisprudence*, 1885, III, p. 145. — 1886, III, p. 97. — 1888, III, p. 199. — 1892, III, p. 125.

bles; l'absence de cadastre était d'abord et est toujours un obstacle insurmontable pour l'immatriculation obligatoire; on ne voulait pas ensuite imposer un fardeau trop lourd au budget de la Régence. Bien des précautions étaient à prendre, il fallait ménager le fanatisme des indigènes pour les biens *habous* ou de main-morte qu'ils considèrent comme terre sacrée et de plus, comme la Régence était soumise au régime des capitulations, des complications diplomatiques étaient à craindre au début du protectorat; elles ne se produisirent pas, les capitulations ayant été abolies.

La procédure d'immatriculation est, en gros, celle que nous avons rencontrée en Australie :

1° Requête d'immatriculation accompagnée des titres sur lesquels elle s'appuie;

2° Insertion de la requête dans les dix jours au *Journal officiel français-arabe;* placards dans l'auditoire du juge de paix et dans les marchés;

3° Reconnaissance d'identité physique (1). Le commencement et la fin des opérations de bornage sont officiellement annoncés; dans un délai de deux mois à partir du jour de leur clôture, les oppositions doivent être faites;

4° Vérification des titres. Les délais étant écoulés, toutes les pièces sont transmises au *Tribunal mixte* qui, dès le début de la procédure, par la remise de l'original et de la demande qu'en a faite à son greffe le conservateur, avait de suite nommé un juge rapporteur pour examiner le dossier. Le juge se livre alors à toutes enquêtes et vérifications destinées

(1) Le bornage provisoire est accompli en présence du requérant et des voisins par le Caïd, le juge de paix et le géomètre assermenté.

à protéger les incapables ou les non-présents (1) ; il dirige la procédure, invitant les opposants à introduire leur instance dans un délai de quinze jours et le requérant à prendre connaissance des oppositions au greffe. Enfin il lit son rapport en séance publique et les parties sont admises à présenter des observations verbales. Le tribunal rend ensuite une décision, jamais motivée et sans recours possible, qui indique les inscriptions à porter sur le registre de propriété.

L'originalité du système consiste dans le recours de la part du conservateur au tribunal mixte composé de magistrats français et tunisiens suivant des proportions qui varient avec la nationalité des parties en cause. C'est là encore une mesure de prévoyance pour l'organisation de la propriété foncière tunisienne et pour la réussite de la grande réforme. En admettant dans ce tribunal des magistrats tunisiens, on flatte les indigènes qui se soumettent d'autant plus volontiers à ses décisions, qu'ils croient avoir toujours à faire au tribunal religieux qui, chez eux, est chargé de régler toutes les contestations relatives à la propriété, la terre étant considérée comme sacrée.

5° Immatriculation de l'immeuble. C'est l'œuvre du conservateur qui dresse, comme en Australie, deux titres renfermant toutes les indications relatives à l'immeuble (désignation, droits réels et charges qui le grèvent, etc.), l'un reste au bureau et constitue une feuille du livre foncier, l'autre est remis au propriétaire (2).

(1) Sur sa demande, le tribunal peut même accorder une augmentation de délais pour qu'ils puissent former une opposition.

(2) Le service topographique lève le plan définitif de l'immeuble ; c'est plutôt un relevé des limites qu'un véritable plan. Il place

L'immatriculation, quant à ses effets, ressemble également à celle du système Torrens, les titres anciens sont annulés, les droits non opposés sont éteints, en un mot, dit un décret du 17 juillet 1888 : « *le titre dressé en vertu de la décision du Tribunal mixte est définitif et inattaquable* ». Ce n'est plus qu'au cas de dol que la partie lésée aura seulement une action personnelle contre l'auteur du préjudice (1). La loi du 1er juillet 1885 avait établi une caisse d'assurance, dans le genre de celle qu'on rencontre en Australie, pour sauvegarder les droits des tiers, caisse alimentée par une retenue de 1 °/₀₀ sur les immatriculations effectuées ; elle a été supprimée pour cause d'inutilité par la loi du 15 mars 1892. C'est le plus parfait éloge que l'on puisse adresser au système et à ceux qui l'appliquent.

Si après l'immatriculation, un droit réel quelconque est consenti sur l'immeuble, le conservateur le mentionnera sur le livre foncier ainsi que sur la copie du titre qu'il se sera fait présenter. Le législateur tunisien a cherché à concilier, autant que possible, le système australien avec les principes de notre Code civil qui ne sont pas en opposition absolue avec lui ; c'est pourquoi il a fait une distinction entre les effets de la publicité à l'égard des parties elles-mêmes et ses effets à l'égard des tiers.

Inter partes, le transfert de la propriété s'opère, comme dans la loi française, par le simple consentement ; dans les rapports des parties avec les tiers,

également des bornes aux endroits indiqués et mentionne leur situation sur le plan. La minute reste chez le chef du service topographique qui en délivre un extrait au conservateur.

(1) Avant la loi de 1892 on n'exigeait pas le dol, il suffisait simplement que la partie fût lésée.

la publicité est au contraire exigée de la façon la plus absolue.

L'art. 343 ne laisse aucun doute à ce sujet : « Tous faits ou conventions ayant pour effet de transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titulaire ou de modifier toute autre inscription... seront, *pour être opposables aux tiers*, constatés par écrit et inscrits sur le titre par le conservateur de la propriété foncière » ; la formule est assez générale pour nous dispenser de tout commentaire.

Ayant abandonné, au point de vue particulier du transfert de la propriété entre parties par le simple consentement, les systèmes australien et allemand, la loi foncière tunisienne devait forcément se trouver en face de l'inconvénient suivant : dans le cas d'un immeuble transmis par succession, la partie peut ne pas produire son titre, soit par négligence, soit par mauvaise volonté. Le législateur décide alors qu'aucune mutation immobilière ou constitution de droits ne pourra être inscrite sur les registres tant que les transmissions précédentes n'y auront pas été insérées ; cette mesure est puisée dans la loi prussienne de 1872.

Les hypothèques en Tunisie sont naturellement soumises au principe de la publicité absolue et de la spécialité ; c'est pourquoi des modifications ont été apportées à notre régime hypothécaire français. L'hypothèque judiciaire a été purement et simplement supprimée ; il ne reste plus que l'hypothèque volontaire ou conventionnelle et l'hypothèque forcée qui remplace nos hypothèques légales ainsi que les privilèges du vendeur et du co-partageant (1). La loi

(1) Les privilèges généraux de notre art. 201 ont été conservés

belge de 1851 a fourni les procédés à employer pour assurer la détermination et l'inscription des hypothèques forcées du mineur et de la femme mariée; nous les avons étudiés précédemment. Les inscriptions de ces hypothèques subsistent avec leurs effets tant qu'elles n'ont pas été radiées, notre renouvellement décennal n'existe donc pas.

Outre les principes de publicité et de spécialité, nous trouvons, comme dans tous les pays de livres fonciers, celui de force probante. En ce qui concerne l'immatriculation, nous voyons que ce principe est absolu, mais pour ce qui est des inscriptions postérieures, la législation a été pendant un certain temps hésitante. L'art. 252 de la loi de 1885 était ainsi formulé : « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit affecté d'une condition suspensive ou résolutoire ou sujet à nullité, ne pourront consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ». Ce texte, qui n'est que la reproduction de notre art. 2125, semblait menacer les tiers acquéreurs ou créanciers de bonne foi, c'est-à-dire ceux qu'il importe de protéger.

La loi de 1892 a nettement tranché la question en décidant dans son article 16, que « dans aucun cas l'annulation d'une inscription ne saurait être opposée aux tiers de bonne foi » (1). Bien entendu, les art. 1138 et 1583 étant toujours appliqués, l'art. 252 de la loi de 1885 ne concerne plus que les rapports des parties entre elles.

La loi tunisienne, en vue d'atténuer les conséquences parfois regrettables que peut avoir la théo-

sans qu'il soit besoin de les faire inscrire, à cause, dit la loi, de leur peu d'importance.

(1) C'est là la reproduction de l'art. 9 de la loi prussienne de 1872.

rie de la force probante, a adopté le système germanique des prénotations. L'art. 53, modifié par la loi de 1892 et ainsi conçu : « Si la demande n'est pas inscrite, le jugement de résolution ne vaudra, vis-à-vis des tiers, que par son inscription ». Enfin, comme en Australie et en Allemagne, le législateur devait nécessairement consacrer un troisième principe, corollaire inséparable de celui de la force probante, c'est le principe de la légalité. Nous en trouvons une application dans l'institution du tribunal mixte chargé de vérifier les titres avant la première immatriculation. Mais, pour tous les cas d'inscription, la loi de 1885 n'accordait au conservateur aucun pouvoir de contrôle sérieux ; à moins qu'il n'y eût doute sur la sincérité des signatures ou l'identité des parties, il devait sur le champ exécuter la réquisition (art. 353-354) ; on remédia rapidement à un tel état de chose, la loi de 1886 exigea que la signature du requérant d'immatriculation ou d'inscription fut non pas certifiée par un voisin quelconque, comme dans le système Torrens, mais légalisée, pour les Européens par le président du Tribunal civil, le juge de paix ou le consul et pour les indigènes par le premier Ministre ou son délégué et les Cadis (1). La loi permettait en second lieu au conservateur de surseoir à l'inscription quand la capacité des parties ne paraissait pas nettement établie.

La loi du 15 mars 1892 a complété ces disposi-

(1) L'absence des notaires français, le manque de capacité de notaires indigènes ont obligé le législateur à exiger que la signature des parties soit toujours légalisée. Cette mesure se comprend d'autant mieux que la loi tunisienne n'exige aucune condition de forme pour les actes présentés à l'inscription, même pour le contrat d'hypothèque qui peut avoir lieu par acte sous seing-privé, contrairement à ce qui se passe en France.

tions et vraiment consacré le principe de la légalité ; le conservateur de la propriété foncière a vu grandir ses attributions qui ont maintenant une grande ressemblance avec celle du *Grundbuchrichter* allemand. Tout comme ce dernier, il doit vérifier l'identité et la capacité des parties et s'assurer si l'auteur du requérant était lui-même inscrit au livre foncier comme titulaire des droits ; dans tous les cas où il le jugera à propos, il peut se refuser à l'inscription. Enfin il est tenu d'exiger la production par les parties de toutes les pièces requises par la loi, c'est-à-dire soit l'original ou une expédition du contrat et un bordereau en double contenant l'analyse de l'acte à inscrire, soit, s'il s'agit d'une mutation par décès, un acte de décès et un certificat concernant les droits et qualités des héritiers. Les légataires ont de plus à fournir une expédition du testament et le jugement d'envoi en possession, s'il y a lieu.

La pièce la plus importante et qu'il importe pardessus tout de présenter, c'est la copie du titre de propriété du requérant. Si celui-ci ne la produit pas et que son consentement soit nécessaire, le conservateur ne procédera pas à l'inscription. Il peut cependant arriver qu'il s'agisse d'un fait juridique ou le consentement du propriétaire n'a rien à voir, ainsi par exemple, une hypothèque forcée, une prénotation ; le conservateur les inscrira bien sur le registre et notifiera cette inscription au porteur de la copie du titre, mais si celui-ci ne veut pas la produire, la concordance qui doit exister entre la feuille du livre foncier et la copie du titre sera rompue, de telle sorte que cette dernière perdra une partie de son utilité et de sa valeur, et que le tiers n'aura plus alors une confiance absolue que dans le

registre de la conservation. C'est là, ainsi que nous le disions plus haut, un défaut qui tient au système lui-même, puisqu'il n'exige pas l'inscription pour le transfert *inter partes*. Comment y remédier? Il est difficile et contraire à nos mœurs, de permettre au conservateur, à l'exemple du *Registrar general* australien, de décerner un mandat d'amener contre la partie récalcitrante; c'est pourquoi le législateur s'est servi du moyen détourné que nous indiquions précédemment : le conservateur n'opérera plus aucune inscription tant que la copie du titre ne lui aura pas été produite pour y rédiger la mention que la mauvaise volonté de la partie a empêché d'insérer (1).

Le caractère facultatif de la réforme fait que les registres ne peuvent être que chronologiques; pour faciliter les recherches, il y a, outre le livre foncier qui n'est que la collection des titres de propriété, un registre de dépôt et deux répertoires alphabétiques, l'un pour les noms des titulaires des droits réels, l'autre pour les titres de propriété. Seulement, à la différence des systèmes australiens, ils ne peuvent être communiqués directement aux requérants; comme chez nous, on délivre des états, voir même de simple copies d'état ayant force probante.

On avait généralement reproché, et avec raison, à la loi de 1885 la cherté de l'immatriculation; d'après les tarifs adoptés, les frais progressaient en raison inverse de l'importance des immeubles et

(1) M. Besson trouve que ce moyen n'a qu'une efficacité restreinte; il en propose un plus simple qui serait de mettre les retardataires en demeure de produire leurs copies de titre dans un délai de rigueur, passé lequel ils se verraient infliger des amendes dont le taux varierait avec le retard apporté à la présentation du titre. (Besson, *op. cit.*, p. 389.)

surchargeaient d'une façon exagérée la petite propriété. Tandis que l'immatriculation d'un immeuble de plus de 1000 hectares revenait à 1 fr. 20 l'hectare, celle d'une propriété de 1 à 2 hectares coûtait de 150 à 222 francs. Un tel état de choses ne pouvait être qu'une entrave au développement du système, aussi un décret du 16 mars 1892 est venu y mettre fin en remaniant d'une façon complète les tarifs. Désormais, l'Etat prend à sa charge les frais d'immatriculation, et les intéressés lui en rembourseront une partie d'après la proportion suivante : 25 % pour les petites propriétés, 50 % pour les moyennes et 75 % pour les grandes. Les propriétaires peuvent aussi traiter à forfait, et voici le coût des immatriculations suivant le tableau dressé par M. Georges Picot :

NOMBRE D'HECTARES	FORFAIT	Tarif proportionnel sur la valeur vénale de l'immeuble
—	—	—
1 à 5	30 fr.	3 ‰
10	45 »	»
100	210 »	»
1.000	780 »	»
10.000	3.000 »	»

Les résultats de cette heureuse réforme n'ont pas manqué de se produire, et les demandes d'immatriculation formées en ces dernières années sont dix fois plus nombreuses qu'elles ne l'étaient avant 1892 (1).

La loi foncière tunisienne qui, depuis cette époque, s'est corrigée de presque toutes ses imperfections,

(1) Du 15 juillet 1886 au 21 mars 1892, l'immatriculation avait été requise pour 196 immeubles ; au 30 juin 1899, 4.262 réquisitions avaient été faites et 4.144 titres de propriété avaient été établis. Le numéro du *Journal officiel tunisien* du 9 avril 1898 contient les tables des immatriculations opérées dans le cours des douze premières années.

jouit donc d'une très grande faveur; c'est là la meilleure preuve de son bon fonctionnement.

Si nous avons étudié ce système, c'est que, bien qu'issu de l'Act Torrens, il présente une physionomie particulière, par suite de son essai d'adaptation à notre Code civil; il serait peut-être téméraire de penser qu'il peut être implanté chez nous. La Tunisie, comme l'Australie, est un pays neuf où la grande propriété domine, et où, par conséquent, on est bien loin d'arriver au degré d'extrême morcellement de la France (1).

SECTION IV

Algérie.

L'Algérie, comme la Tunisie, est un pays où la terre est la richesse principale et le meilleur instrument de crédit. « Nulle part, dit M. Magnin, les capitaux ne sont plus utiles ni plus ardemment réclamés pour la mise en vigueur des ressources naturelles du sol.

« Donner à la propriété algérienne la valeur d'un gage aussi solide que possible est donc un des premiers devoirs du législateur français » (2).

Les populations arabes n'étant pas arrivées à un état économique aussi avancé que celles de la Ré-

(1) Nous avons vu qu'en Australie la valeur moyenne des propriétés est de 60.000 fr. En Tunisie, la contenance moyenne des immeubles est de 111 hectares 79 ares et la valeur 20.000 fr. En France, la valeur moyenne de chaque propriété est de 3.850 francs. (Voir *Economiste français*, n° du 1er juillet 1899.

(2) Magnin, *op. cit.*, p. 183.

gence, le législateur algérien avait à surmonter des difficultés beaucoup plus considérables que celles qu'avaient rencontrés les rédacteurs de la loi tunisienne de 1885. La propriété indigène, origine de la propriété européenne et française, est en effet très obscure, mal délimitée, surchargée de droits réels et basée sur des titres, quand ils existent, vagues et incertains.

Dès 1873, avant la réforme tunisienne, on avait cherché à consolider la propriété du sol entre les mains de ses acquéreurs. Une loi du 24 juillet 1873, prescrivait, d'une part, *la constatation de la propriété* dans les territoires appartenant aux particuliers et *la constatation de la propriété individuelle* dans ceux appartenant aux tribus, de façon à préparer les éléments du titre que l'administration des domaines devait délivrer, et établissait, d'autre part, une purge spéciale destinée à abolir tous les droits réels fondés sur le droit musulman et à fournir ainsi aux colons une propriété bien nette et dégagée désormais de toute entrave. Mais cette loi avait le tort, d'abord, de n'être faite qu'en faveur des Européens, et ensuite, de n'avoir pris aucune précaution pour assurer la perpétuelle application de la loi française aux titres délivrés par l'administration des domaines qui, bientôt, se voyaient recouverts par des titres musulmans et plongés dans le chaos dont on les avait à grand'peine sortis.

Une loi du 28 avril 1887 a décidé que les immeubles soumis à la loi de 1873 ne pourraient être vendus, limités ou partagés que suivant les conventions et les formes de la loi française; dispositions qui n'étaient guère mieux propres à assurer au titre le moyen de conserver sa valeur originale. A la première mutation, en effet, l'acquéreur se trouve

exposé à tous les dangers découlant des imperfections de notre loi de 1855, imperfections dont les résultats sont encore plus fâcheux qu'en France, car notre publicité personnelle engendre une confusion inextricable dans ce pays où l'état civil des indigènes est à peine constitué.

L'excessive cherté des frais qu'entraîne la procédure établie par la loi de 1873 a été également la cause de son discrédit; son exécution est à peu près complètement arrêtée depuis 1891.

L'introduction en Tunisie des formes de publicité de l'Act Torrens devait forcément attirer l'attention de nos législateurs. Une commission fut instituée par M. Tirman dans le but d'étudier les modifications susceptibles d'être apportées en Algérie au régime de la propriété foncière et des hypothèques et permettre de tirer ce pays des difficultés financières où il se débat constamment. Le rapporteur, M. Dain, remit le 10 novembre 1886 au Gouverneur général le compte rendu de ses travaux qui dort toujours dans les cartons des archives, ainsi qu'un projet de loi dont nous allons tracer les lignes essentielles.

Le projet de loi porte la création d'un registre foncier par commune, les immeubles doivent y être inscrits après avoir été préalablement purgés s'ils ne l'ont pas encore été en vertu de la loi du 26 juillet 1873.

L'immatriculation consiste simplement dans l'insertion au registre d'un des doubles du certificat de titre dressé préalablement par le notaire ou le directeur des domaines et comprenant les quatre sections que nous avons trouvées dans le feuillet réel allemand. Le conservateur n'a que le rôle d'un agent d'exécution.

Les principes les plus stricts de publicité et de spécialité sont appliqués à toutes les constitutions et transmissions de droits réels, mais ils ne constituent, comme en Tunisie, une condition de validité qu'à l'égard des tiers ; le projet admet la force probante tempérée par le système des prénotations, il a cependant le grave tort de ne pas exiger l'authenticité pour tous les actes. Enfin, nous trouvons une application des théories de la loi de messidor an III, dans la possibilité accordée au propriétaire de se faire délivrer par le conservateur des bons fonciers et des cédules hypothécaires. Le projet de 1886 repose sur les procédures de purge établies par la loi de 1873, leur insuffisance a été reconnue ; aussi la Commission sénatoriale d'études de l'Algérie a déposé le 29 mars 1893, sur le bureau du Sénat, un rapport et un projet de loi dus à M. Franck-Chauveau. Ce projet proclame le principe de l'immatriculation facultative, car, dit-il, l'intérêt des propriétaires à réclamer le bénéfice de la loi nouvelle sera si évident qu'elle ne risquera pas de rester inappliquée.

Le conservateur n'a plus un rôle passif comme dans le projet de 1886, c'est lui qui effectue, sous sa responsabilité, l'immatriculation qui est précédée d'une enquête et d'une publicité ; l'opération donne lieu à l'établissement d'un titre dont l'un des doubles constitue le livre foncier.

Effrayé sans doute par l'importance et l'étendue des réformes proposées, le gouvernement demanda à la Commission de retirer momentanément son projet et de lui en substituer un autre plus succinct, et qui permit de résoudre le plus rapidement possible le problème de la question immobilière en Algérie.

Ce projet, voté par le Sénat les 15 et 16 février 1894, a été porté à la Chambre des députés le 27 février, le rapport en fut présenté le 4 juillet 1895 par M. Pourquery de Boisserin, et adopté le 16 février 1897 (1).

Cette loi nouvelle, aux termes du rapport, ne contient que quelques dispositions très simples sur lesquelles tout le monde à peu près est d'accord ; elle a pour objet de faire disparaître les inconvénients que les lois du 26 juillet 1873 et du 28 avril 1887 présentaient en raison de la trop grande extension des opérations qu'elles avaient prescrites. La procédure, soit d'ensemble, soit partielle, instituée par ces lois pour la constatation de la propriété privée et la constitution de la propriété individuelle, est abrogée (art. 1er), mais le titre I de la première de ces lois est maintenu implicitement, c'est-à-dire la distinction des terres *melk* ou terres de propriété privée, et des terres *arch* ou terres dont la possession appartient à une collectivité. C'est ce maintien qui a été vivement critiqué parce qu'il laisse subsister les droits de *habous*, source interminable de controverses et de procès.

D'après l'art. 2, les titres délivrés par l'administration des domaines, à la suite des procédures minutieuses indiquées par cette loi, prévaudront contre tous les titres antérieurs et assureront la propriété entre les mains du bénéficiaire à l'égard de tous. Cet article est venu mettre un terme à une jurisprudence désastreuse, d'après laquelle les titres antérieurs administratifs, notariés ou judiciaires prévalaient contre ceux délivrés par l'administration en

(1) Promulg., *Officiel*, 18 février 1897. — Lois nouvelles, 1891, III, p. 67.

conformité des conclusions du commissaire enquêteur (1).

La loi assure donc désormais une purge complète des immeubles; elle étend aux indigènes la faculté d'obtenir cette purge et le titre français, dans les mêmes conditions que les Européens.

A compter de la délivrance du titre, les immeubles restent, quel qu'en soit le propriétaire, soumis à toutes les prescriptions de la loi française sauf quelques exceptions (art. 3).

La procédure d'enquête est celle que nous connaissons déjà. Une requête contenant la désignation précise de l'immeuble est adressée au préfet ou au général commandant la division; un arrêté nomme le commissaire enquêteur et fixe le jour des opérations. Des insertions et publications sont faites pour prévenir les intéressés et leur permettre de faire valoir leurs oppositions. Le requérant fait l'avance des frais et dans les trente jours on procède au bornage. Un procès-verbal est rédigé et déposé à la mairie, traduction en est envoyée à l'adjoint indigène. Après un délai de 50 jours, le commissaire enquêteur se transporte à nouveau sur les lieux et, s'il n'y a pas de réclamation, rédige un procès-verbal définitif, qui est transmis avec les pièces justificatives au Gouverneur général qui l'homologue; tout le dossier est ensuite expédié au directeur des domaines pour l'établissement du titre.

Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et la constitution de propriété des terres *melk* sont du ressort des tribunaux judiciaires; celles relatives aux territoires de propriété collec-

(1) Arrêt Cass., Chambre civile, 13 novembre 1888. — Dalloz, R. P., 1889, 1, 17.

tive, c'est-à-dire relatives aux terres *arch*, sont de la compétence des tribunaux administratifs (art. 13).

Mais une fois les formalités administratives remplies, les contestations pour l'une et l'autre de ces catégories sont du ressort des tribunaux judiciaires, et c'est là une heureuse décision.

Provisoirement, dans les terrains appartenant aux indigènes, et situés dans une zône où la colonisation n'est qu'à peine installée, les transactions entre indigènes pourront s'effectuer avec le ministère des cadis. Cette disposition bienveillante est édictée par l'unique désir de ne pas grever de frais énormes les transactions d'immeubles d'une valeur souvent très faible. Les actes dressés par les cadis ne vaudront que comme actes sous seing privé et, pour en poursuivre l'exécution, il faudra obtenir un jugement (art. 16).

L'art. 17, qui a soulevé une longue discussion au Sénat, a une grande importance. Son but est de mettre un terme aux inconvénients de la loi de 1873 en ce qui concerne les licitations et d'arrêter le développement exagéré de parcelles d'une valeur et d'une contenance infime. Quand il y aura une demande en partage ou en licitation d'un immeuble rural appartenant par moitié au moins à des indigènes musulmans, le tribunal attribuera au demandeur, si la chose est possible, une part en nature représentant ses droits ; si l'immeuble est difficilement partageable, l'art. 827 du Code civil ne s'appliquera pas, le partage se fera par souche avec maintien de l'indivision dans chaque souche ou entre toutes les souches autres que celle à laquelle appartiendra le demandeur ou l'indigène dont ce demandeur tiendra les droits. Cette dernière souche restera seule exposée à la licitation et les membres la composant

pourront même empêcher la vente et conserver la possession de leur part de l'immeuble, soit qu'ils s'entendent pour payer en commun, soit que l'un ou plusieurs d'entre eux paient au demandeur, d'après l'arbitrage qu'en aura fait le tribunal, la somme représentant la valeur de ses droits ou des droits de son auteur (1).

Le partage aura lieu ordinairement en nature ; mais le plus généralement les indigènes de la souche exposée à la licitation désintéresseront le demandeur.

Un des plus gros reproches adressé à la loi de 1897, c'est, outre le maintien de la distinction entre les terres *melk* et *arch*, d'avoir confié des attributions au cadi qui ne connaît ni le code ni la loi de 1855. Quant à l'innovation de l'art. 17, elle est louable, mais les frais en sont encore beaucoup trop élevés, pour donner des résultats satisfaisants. M. Haffner, procureur général, indique en effet, dans son rapport au Gouverneur sur la propriété foncière en Algérie, que dans le ressort, ledit article n'a reçu application, depuis la loi de 1897 jusqu'au 8 mai 1900, qu'une quinzaine de fois (2) ; nous ne croyons pas que cette proportion ait augmenté depuis 1900.

D'autres imperfections ont été encore signalées, mais que le manque de compétence nous empêche d'énoncer ; elles rendront sans doute peu regrettable pour les intéressés la brièveté d'existence à laquelle la loi de 1897 est appelée. Souhaitons, avec les com-

(1) Les jugements en cette matière ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel ; mais le pourvoi en cassation existe toujours pour garantir les intérêts lésés.

(2) Cité par M. Séré : Organisation de la propriété foncière en Algérie, p.

mentateurs algériens, que celle qui doit lui succéder rompe enfin avec les errements anciens pour adopter définitivement le régime de l'immatriculation et l'institution du livre foncier qui seul pourrait faire produire au sol de notre belle colonie d'Afrique toutes les ressources que tient en réserve sa fertilité, car elle arriverait seule à lui donner le crédit qui lui manque.

SECTION V

Nouvelle-Calédonie.

Le voisinage de l'Australie devait également attirer l'attention des colons et de l'Administration de notre Colonie océanienne sur le système de l'Act Torrens et les heureux effets qu'il produit; aussi le Gouvernement français a chargé M. Noël Pardon, un des gouverneurs de l'île, de préparer un rapport ainsi « *qu'un projet sur la conservation et la transmission de la propriété foncière, des hypothèques et des autres droits réels immobiliers en Nouvelle-Calédonie* ». Ce travail a été communiqué à la sous-commission juridique du cadastre à la séance du 24 décembre 1891, et M. Massigli a fait sur son compte un rapport des plus élogieux. M. Noël Pardon a employé tous ses efforts pour faire cadrer les dispositions de nos codes français avec celle de l'Act Torrens ; cet auteur en affirme les principes avec bien plus d'énergie que la loi Tunisienne.

Nous n'analyserons pas cette œuvre dont le but essentiel et fort louable est le développement dans la Colonie du crédit immobilier et agricole; nous

renvoyons à l'ouvrage de M. Magnin (p. 204 et suiv.), ainsi qu'aux procès-verbaux du cadastre (Fasc. II, p. 312 et suiv.). Malheureusement, ce projet attend toujours la signature du Président de la République.

SECTION VI

Madagascar.

L'expérience tentée en Tunisie et couronnée d'un succès si éclatant, indiquait de la façon la plus claire la route à suivre et devait être une source d'utile enseignement. Aussitôt la conquête militaire terminée on chargea notre résident général à Madagascar, de voir si le système de publicité de l'Act Torrens pouvait y être appliqué. L'avis fut favorable et le 16 juillet 1897 fut rendu un décret portant organisation de la propriété foncière à Madagascar (1). Nous l'étudierons très rapidement, car il s'est beaucoup inspiré de la législation tunisienne.

L'immatriculation est en principe facultative comme en Tunisie, mais les exceptions sont si nombreuses, qu'en fait elle est pour ainsi dire obligatoire (2). Les personnes, qui peuvent la requérir, sont énumérées dans l'art. 16, ce sont en

(1) *Journal officiel*, 23 juillet 1897, p. 4204 et suiv. — *Pandect. Franc.*, 98, 3, 55.

(2) Est en effet obligatoire l'immatriculation : 1° Au cas de vente, location ou concessions de terrains domaniaux (dispositions empruntées au *Real Property Act.)*; 2° Au cas où des Européens ou assimilés acquièrent des biens des indigènes. La propriété qui a été immatriculée ne saurait retomber sous l'empire du droit commun ; elle demeurera exclusivement réglementée dorénavant par le présent décret et échappera tout à fait aux lois et coutumes indigènes.

somme toutes celles qui ont un droit réel sur un immeuble.

La procédure de l'immatriculation est à peu de choses près celle que nous avons décrite pour la Tunisie: requête accompagnée des titres de propriété traduits en français et en malgache, par un interprète assermenté (art. 17); publication dans les journaux et affichage; bornage par un géomètre assermenté; vérification de la demande, des formalités de bornage et des titres; enfin jugement, après que les contestations ont été vidées, ordonnant l'immatriculation. Le tribunal mixte est remplacé par le président du tribunal du district ou le juge de paix à compétence étendue, ces derniers assistent au bornage pour représenter les incapables et les absents; le chef civil ou militaire du district y est également présent.

Le titre est rédigé par le conservateur auquel sera remis le dossier; il renferme toutes les énonciations que nous avons déjà maintes fois énumérées, un plan y est annexé. « Il sera définitif et inattaquable, dit l'art. 39, et formera devant les juridictions françaises le point de départ unique de la propriété et des droits réels qui l'affectent, à l'exclusion de tous autres droits non inscrits ». Les titres sont conservés par le conservateur, leur réunion forme le registre foncier. La copie exacte et authentique est délivrée à l'acquéreur.

Le décret fait une longue énumération de tous les droits réels immobiliers qui peuvent frapper la propriété et qui doivent être inscrits pour être opposables aux tiers.

Nous retrouvons à l'art. 105 les privilèges de notre art. 2101; ils sont dispensés de l'inscription, mais par contre ne s'exercent sur le prix des immeubles

qu'à défaut du mobilier et une fois les créanciers hypothécaires désintéressés.

A Madagascar, comme en Tunisie, il n'y a que deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque volontaire (1) et l'hypothèque forcée ; les privilèges du vendeur et du copartageant rentrent également dans cette dernière catégorie, à moins que ceux qui bénéficient de cet avantage ne se soient réservés une hypothèque conventionnelle. Le mari et le tuteur peuvent toujours être dispensés d'hypothèques en fournissant une caution suffisante.

Les règles de la publicité la plus entière et de la spécialité la plus absolue sont appliquées aux hypothèques, comme à tous les droits réels immobiliers concernant les immeubles immatriculés (2).

Enfin les actes soumis à l'immatriculation en donnant lieu à inscription doivent, sinon être authentiques, du moins légalisés pour être acceptés par le conservateur.

L'art. 184 énumère les registres tenus par le conservateur, ils sont au nombre de quatre : 1° Le registre des titres de propriété, c'est le livre foncier au sens propre du mot.

2° Le registre d'ordre des formalités préalables à l'immatriculation.

3° Un registre de dépôt tenu en double où seront constatées par un numéro d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront, les remises des décisions du tribunal ou de la justice de paix, ordonnant l'immatricula-

(1) L'hypothèque volontaire est ou conventionnelle ou testamentaire ; toutes les règles qui régissent cette seconde catégorie ont été empruntées à la loi belge de 1851.

(2) Les baux de plus de trois ans et les quittances ou cessions d'une somme équivalente ou supérieure à trois années de loyer ou fermage non échu, sont également soumis à l'inscription.

tion, celles des documents à fin d'inscription, de transcription, de saisie et généralement de tous actes à inscrire, transcrire ou mentionner.

4° Une table alphabétique des titulaires de droits réels (art. 187).

5° Une table alphabétique des titres de propriété (art. 187).

Le décret du 16 juillet 1897, véritable code, puisqu'il ne renferme pas moins de 227 articles, comporte plusieurs chapitres relatifs au rang des hypothèques entre elles, à leur effet à l'égard des tiers détenteurs, à la purge, à l'expropriation forcée, etc... Toutes les dispositions qu'ils contiennent sont à peu de choses près les mêmes que celles de notre Code à ce sujet et c'est pourquoi nous avons jugé bon de les passer sous silence. Enfin, la dernière partie du décret se termine par une série d'articles concernant la responsabilité des conservateurs et l'immatriculation des immeubles vendus à la barre des tribunaux.

Les premiers résultats de la promulgation du nouveau régime foncier sont de nature à permettre de bien augurer de l'avenir. La faveur dont jouit ce système est aussi grande à Madagascar que dans le pays qui lui a servi de modèle. Non seulement les Européens ont apprécié le nouveau régime, mais les indigènes ont eux-mêmes requis l'immatriculation en assez grand nombre, se rendant compte que la nouvelle législation devait donner entière satisfaction à leur sentiment de profond attachement aux parcelles de terre qu'ils possèdent et qu'ils cultivent (1).

(1) La statistique la plus récente a été publiée dans le rapport de la situation économique de Madagascar, de 1901. (V. rapport de 1901, p. 125.) Nous renvoyons pour plus amples détails sur le décret

SECTION VII

Congo français.

Un décret du 28 mars 1899 (1), « s'inspirant, dit l'exposé des motifs, du système foncier des colonies australiennes, de la législation tunisienne et de celle de Madagascar », a organisé le régime foncier dans notre colonie du Congo.

La plupart de ses dispositions se trouve dans le décret du 23 juillet relatif à Madagascar, aussi ne donnerons-nous que de très brèves explications.

L'art. 1 nous annonce immédiatement que l'immatriculation prévue par le décret n'est applicable qu'aux « immeubles appartenant, dans le Congo français, à des Européens et descendants d'Européens ou à des indigènes naturalisés français ». Aux termes de l'art. 7, l'immatriculation est facultative. Exceptionnellement elle est obligatoire :

1° Dans tous les cas de vente ou concession en pleine propriété de terrains domaniaux ;

2° Dans tous les cas où des Européens ou assimilés se rendent acquéreurs de biens appartenant à des indigènes ;

3° Dans tous les cas où, après mise en valeur aux conditions spécifiées par son cahier des charges, un concessionnaire acquiert la propriété de terrains concédés.

La procédure de l'immatriculation qui fait l'objet du chapitre II du décret est à peu près conforme à celle de Madagascar.

du 16 juillet 1897 et sur la propriété en général à Madagascar à la thèse de M. Jodin : *Le Régime foncier à Madagascar*. Paris, 1904.

(1) Promulgation au *Journal officiel* du 2 avril 1900. Rapporté dans *Sirey*, 1900, p. 1160.

Les personnes qui peuvent requérir l'immatriculation sont les mêmes (art. 8), ainsi que les formalités de la demande.

Après la réquisition, le conservateur fait des insertions au *Journal officiel* de la colonie et pose des placards; puis le bornage est accompli, non pas par un géomètre assermenté, les distances étant trop considérables et le personnel du service topographique trop restreint, mais, dit l'art. 12, « par un agent dûment qualifié par ses connaissances techniques pour procéder au bornage provisoire de l'immeuble ».

Le président du tribunal et le juge de paix à compétence étendue veillent pendant la procédure d'immatriculation aux intérêts des incapables (art. 16, 17, 18).

S'il existe des oppositions ou contestations, la demande en immatriculation est portée devant le tribunal de première instance ou de la justice de paix à compétence étendue du lieu de la situation de l'immeuble (art. 21) (1).

Une fois l'ordonnance d'immatriculation rendue, le conservateur rédige le titre de propriété qui, aux termes de l'art. 36, est définitif et inattaquable; « il forme devant les juridictions françaises le point de départ unique de tous les droits réels existants sur l'immeuble au moment de l'immatriculation ». « Les immeubles immatriculés, conformément aux dispositions du présent décret, dit l'art. 40, ne peuvent plus être replacés sous l'empire du droit commun ».

Le titre II du décret est consacré à la transmission

(1) La compétence des juges de paix et des tribunaux est plus étendue au Congo; ces juridictions jugent sans appel les contestations jusqu'à concurrence de 1.000 francs de revenu déterminé, soit en rente, soit par prix de bail (art. 23).

de propriété et à la constitution des droits réels. Nous trouvons des règles identiques à celles appliquées à Madagascar, par conséquent tous les faits ou conventions ayant pour effet de transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, les baux excédant trois années, etc..., doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur le titre de propriété (art. 41).

L'hypothèque, ainsi qu'à Madagascar, est forcée ou conventionnelle, mais l'hypothèque testamentaire a été supprimée comme inutile. Il n'y a pas de différence entre les deux pays au sujet des modes d'opérer les inscriptions et les radiations ou réductions d'inscription (art. 58 à 71). Enfin, les règles renfermées au titre III concernant les obligations et la responsabilité du conservateur sont les mêmes.

SECTION VIII

Autres colonies.

Le régime de la propriété foncière au Sénégal et dépendances a été organisé par un décret en date du 20 juillet 1902 (1). C'est la reproduction textuelle de celui du 28 mars 1899 relatif à notre colonie du Congo. Il en est de même du décret du 5 août 1900 relatif au Dahomey et dépendances (2), du décret des 20 et 30 août 1900 concernant la Côte d'Ivoire (3)

(1) Promulg., *Officiel* du 2 septembre 1900. Rapporté dans *Pand. franc.*, 1900, 3, 130.

(2) Promulg., *Officiel* du 3 septembre 1900. Rapporté dans *Pand. franc.*, 1900, 3, 79.

(3) Promulg., *Officiel* du 5 septembre 1900.

et de celui du 24 mars 1901 touchant la Guinée. Nous devons enfin mentionner un décret du 3 mai 1902 (1), portant organisation de la propriété foncière aux îles Marquises.

Ce décret, qui n'est qu'une réduction de ceux que nous avons précédemment cités, présente cependant quelques points particuliers et originaux qui s'expliquent surtout par le peu d'étendue du territoire auquel il s'applique et son faible morcellement. L'immatriculation est obligatoire. « Toute personne, dit l'art. 2, pouvant avoir des droits sur des immeubles situés dans l'archipel des îles Marquises est tenu de se pourvoir en reconnaissance de ces droits, conformément aux dispositions ci-après ».

Chaque immeuble fait l'objet d'une demande en reconnaissance spéciale, accompagnée des pièces justificatives, elle est déposée entre les mains du représentant de l'administration dans la circonscription où sont situés les biens et qui la consigne sur un registre spécial.

L'immeuble est affranchi du chef des tiers de tous les droits réels qui n'ont pas été réclamés dans le délai d'un an à partir de la promulgation du décret (art. 17). Après l'expiration de ce délai toutes les demandes sont soumises à une commission qui siège à Taiohae et se transporte où besoin est. Elle procède aux opérations de délimitation, bornage et levée de plan et, les parties étant appelées, rend un arrêté qui statue sur la demande (2).

L'administration dresse alors les titres de propriété dont un double est remis au propriétaire in-

(1) Promulg., *Officiel* du 9 juin 1902. Rapporté dans *Pand. franc.*, 1902, 3, 180.

(2) Les parties ont six mois pour se pourvoir devant le tribunal supérieur de Papeete.

téressé (art. 13). Le titre renferme les énonciations que l'on y trouve d'ordinaire et a toutes les qualités que nous avons précédemment rencontrées. C'est le gouverneur qui est chargé de régler par arrêté toutes les mesures de détail que peut comporter l'application du décret (art. 20).

TROISIÈME PARTIE

LA RÉFORME

Projet de la Commission extra-parlementaire du Cadastre.

La nécessité d'apporter une réforme à notre législation foncière, semble à l'heure actuelle une idée qu'il est inutile même de discuter; la transcription telle qu'elle résulte de la loi de 1855 a besoin d'être remaniée sur quantité de points, et notre second mode de publicité, l'inscription hypothécaire, est plus imparfait que partout ailleurs. Nous ne voulons pas revenir ici sur tous les griefs qui ont été formulés précédemment, ce qu'il importe de retenir c'est l'impérieux besoin d'une réforme.

Mais, suffit-il, pour rendre à la publicité du droit français l'efficacité qui lui manque au point de vue de la consolidation de la propriété, de remanier notre loi du 23 mars 1855 et le Code de 1804, de corriger les erreurs et de combler les lacunes échappées à la clairvoyance du législateur? Ce serait là, à coup sûr, la plus directe, la plus simple et la meilleure des solutions.

Notre étude des législations étrangères, et princi-

palement des pays que nous avons qualifiés de pays de transcription, nous donne une image fidèle de ce que serait le système de publicité de notre loi de 1855, porté à son plus haut degré de perfection; la réforme consisterait donc à faire la synthèse des progrès réalisés autour de nous par la Belgique, l'Italie, la Hollande, etc... Toutes ces législations sont issues comme la nôtre des coutumes de nantissement et de la loi de l'an VII; les unes étendent la transcription à tous les actes translatifs ou déterminatifs de la propriété foncière, les autres y soumettent les actions en nullité et en résolution, et toutes s'accordent à exiger l'inscription des hypothèques, même légales, comme condition de leur efficacité au regard des tiers; malheureusement, quoiqu'on fasse, ainsi que nous l'avons déjà maintes et maintes fois prouvé, cette publicité, même extrême, ne saurait embrasser tous les droits destructifs de celui du propriétaire, toutes les causes d'éviction qui menacent la sécurité des tiers, et resterait par conséquent toujours en-deçà du but à atteindre.

Quelque perfectionnée qu'en soit l'organisation, les registres de nos conservateurs hypothécaires n'en laisseront pas moins dans l'ombre les causes d'annulation ou de rescision qui affectent le titre du propriétaire ou de ses auteurs.

Il y a là une éventualité tout à fait dangereuse, car elle ne se manifeste que lorsqu'il est trop tard pour la conjurer. Ainsi les énonciations de ces registres ne mettront jamais les intéressés à l'abri de l'action en nullité du contrat vicié par l'erreur, la violence, le dol ou l'incapacité des parties. Elles ne les garantiront pas davantage contre la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants ou d'inexécution des conditions, contre l'action en réduction des

donations excessives ou l'action en lésion. En effet, les événements qui font naître ces actions révocatoires du droit de propriété ne peuvent être inscrits d'avance sur les registres publics. On pourrait, à l'imitation des lois belges et italiennes, exiger l'inscription des demandes en nullité ou en rescision ; mais cet avertissement ne protégerait que les tiers qui n'ont pas encore contracté, et ne serait d'aucun secours pour les acquéreurs ou créanciers antérieurs à l'inscription de l'action en nullité. La publicité, même poussée à ses extrêmes limites, laisserait donc en dehors de sa sphère d'action plusieurs des risques d'éviction qui, en rendant la situation du propriétaire foncier précaire et instable, paralysent le crédit hypothécaire.

En outre, et tout comme auparavant, la transcription même remaniée ne pourra rien par elle-même pour la consolidation du droit de propriété. Si l'acheteur veut jouir d'une sécurité à peu près complète, il lui faudra exiger la rédaction en l'acte d'une origine de propriété remontant à 30 ans. Le secours de la prescription sera donc toujours nécessaire pour garantir les tiers et même les parties contre les évictions possibles. La transcription ne sera par suite qu'un simple renseignement ne dispensant jamais les prêteurs ou acquéreurs de l'obligation de vérifier par eux-mêmes les droits de leurs co-contractants. Un bon régime de publicité ne répond, nous l'avons déjà dit, au but de son institution qu'à la condition de se suffire à lui-même et de conférer, sans le secours de données extérieures, les garanties que réclament les intérêts du crédit. De plus, il faudra se contenter trop souvent de titres informes, remplis de causes de nullité que la reconnaissance notariée ou judiciaire ne fera pas dispa-

raître ; il faudra se servir des registres personnels, de répertoires de plus en plus touffus. Enfin, la détermination physique de la propriété restera toujours à l'état de chimère, grâce aux multiples défauts d'un cadastre qui deviendra avec le temps de plus en plus imparfait.

Que conclure de ce bref aperçu, sinon que notre organisme foncier, constitué par la loi de 1855 et le Code civil, ne renferme pas de données doctrinales qui puissent servir de base à la réforme.

C'est du côté de l'Allemagne, de l'Autriche et de l'Espagne, c'est-à-dire en dehors du domaine traditionnel de la publicité par noms de personnes, que doivent se tourner les regards du législateur ; c'est à ces pays qu'il doit emprunter les matériaux pour construire un véritable livre foncier, avec l'ensemble des règles qui l'accompagnent ordinairement : force probante, légalité, etc...

L'idée du livre foncier, déjà préconisée en 1841 par la Faculté de Caen, a rencontré depuis quelques années de très chauds partisans. Les projets de loi de M. Léon Say des 23 mai 1876 et 11 janvier 1877, instituaient une réforme hypothécaire tendant à donner au cadastre une forme légale propre.

En 1886, M. Viette demandait l'introduction du système Torrens en France, et nous trouvons dans son rapport, sur le budget du ministère de l'agriculture les phrases suivantes qui sont bien caractéristiques : « Un champ deviendra un titre nominatif... la propriété foncière aura comme les personnes un état civil... Les conservateurs des hypothèques ne pourront insérer sur leurs registres aucun acte sans avoir mis le titre au courant ».

Dans la loi de finances du 26 décembre 1890, le Gouvernement réclamait la réfection du cadastre, non

seulement en vue d'une répartition plus juste de l'impôt, mais encore pour consacrer les droits de la propriété. « Par la création du grand livre terrier du pays, disait l'exposé des motifs, le cadastre donnerait aux propriétés la sécurité qui leur fait si souvent défaut ; il deviendrait la base naturelle et véritable du crédit agricole ». M. Poincaré, rapporteur du budget des dépenses du ministère des finances, reprenant la pensée du Gouvernement, ajoutait : « Nombre de jurisconsultes et d'économistes demandent avec insistance la réforme de notre régime hypothécaire et l'application stricte du double principe de la publicité et de la spécialité. Ce système qui fonctionne avec succès dans plusieurs pays étrangers a pour lui, en France, l'enquête de 1841, les vœux formulés en 1886, en 1887 et 1888 par le Congrès des Sociétés savantes et l'opinion formelle du Congrès international pour l'étude de la transmission de la propriété foncière. Une commission instituée par le ministère de l'agriculture a reconnu que l'institution d'un grand livre terrier est la condition indispensable du crédit agricole. Les immeubles sans état civil ne peuvent être envisagés comme un gage certain. La création de l'état civil et du grand-livre de la propriété immobilière, telle est l'œuvre primordiale qu'il faut accomplir avant de corriger les nombreuses imperfections de notre régime hypothécaire ».

Le Parlement, approuvant les déclarations, vota un crédit de un million pour les études à faire, et M. Rouvier, ministre des finances, fit instituer par le décret du 30 mai 1891 la Commission extra-parlementaire du cadastre « chargée d'étudier les diverses questions que soulève le renouvellement des opérations cadastrales, notamment au point de vue de l'assiette de l'impôt, de la détermination juridique

de la propriété immobilière et de son mode de transmission ».

Composée d'hommes politiques, de professeurs de droit, de chefs de services administratifs intéressés et de praticiens, cette commission entra immédiatement dans la voie que lui avait tracé avec une clarté parfaite le ministre des finances et se mit de suite à l'étude du programme qui lui avait été soumis et que domine l'idée de la consolidation du droit de propriété. — Pour la facilité du travail, la commission se partagea en trois sous-commissions : 1° la sous-commission technique chargée d'étudier spécialement le renouvellement du cadastre ; 2° la sous-commission des voies et moyens ; 3° la sous-commission juridique, chargée d'étudier les modifications à apporter à notre système de publicité en matière de droits réels immobiliers et de détermination juridique de l'immeuble. L'étude du projet de cette sous-commission, qui s'est prononcée en faveur du livre foncier à force probante, va faire l'objet des sections suivantes.

SECTION I

Principe dominant de la Réforme.

Le livre foncier peut être défini : une individualisation de l'immeuble, en rassemblant sur un même feuillet tous les renseignements qui le concernent. C'est donc, en dehors de notre domaine traditionnel de la publicité, par noms de personnes qu'il a fallu rechercher le point d'attache de la réorganisation désirée.

Mais, si l'on interroge les systèmes fonciers les plus renommés de notre temps, si l'on cherche à pénétrer les causes de leur prééminence, on constate sans peine que cette supériorité ne tient pas seulement à l'application sans réserve de la publicité qu'implique, par définition, le livre foncier, ni au caractère réel de cette publicité ; ce résultat est dû encore, et surtout, à l'intervention d'un principe étranger à notre droit et inhérent à la théorie du livre foncier ; nous voulons parler du principe de la force probante des inscriptions, en vertu duquel tout ce qui figure sur les registres publics est tenu pour vérité, et tout ce qui y est omis est réputé inexistant.

La force probante des mentions du livre foncier, telle est la proposition doctrinale autour de laquelle gravitent les régimes de publicité que nous avons signalé comme exemples, et qui, en fait, servent le plus efficacement la cause des propriétaires fonciers. Tel est le principe dominant de la réforme qu'a entrepris la Commission du cadastre.

Réédifié sur cette maxime, notre système hypothécaire engendrera les effets les plus heureux, en donnant aux tiers acquéreurs ou créanciers les garanties que notre loi de 1855, même remaniée, leur refuse. Ils n'auront qu'à consulter le feuillet de l'immeuble, sans être obligés de prévoir d'autres charges que celles dont cette simple inspection leur indiquera l'existence ; ils seront à l'abri des effets de toute action en résolution ou nullité qui viendrait à se produire dans la suite, en vertu d'un droit non inscrit.

Le vendeur et l'emprunteur, de leur côté, munis d'un titre jouissant d'une valeur propre et qui n'a plus besoin du secours de la prescription pour deve-

nir stable et définitif, ressentiront les bienfaits de la réforme ; la solidité du gage et sa libre circulation permettront au crédit de se développer et les capitaux n'hésiteront plus à s'aventurer sur la sûre garantie que leur offriront désormais les placements immobiliers. Le résultat définitif sera enfin, dans un avenir prochain, l'élévation de la valeur du sol et l'abaissement du taux de l'intérêt.

Le principe de la force probante des livres fonciers n'a pas été sans soulever les plus vives protestations de la part des adversaires de ce système. Nous allons passer en revue les principales de ces critiques et montrer comment la Commission du cadastre y a répondu.

Une première objection, qui a été surtout développée au Congrès international de la propriété foncière de 1892, consiste à dire que, vu le nombre assez restreint des évictions dans les statistiques, le livre foncier à force probante est une institution superflue.

Nous pourrions d'abord répondre que ce n'est pas un motif pour repousser un des effets avantageux de la publicité nouvelle, car deux sûretés valent assurément mieux qu'une. Puis, d'autre part, il est certain, ainsi que nous le montrions il y a quelques instants, que la libre circulation des biens, base essentielle du crédit est entravée par cette crainte, même théorique, des évictions et par ces recherches longues et coûteuses, en vue d'établir l'origine de propriété. Comparons le titre de propriété avec les actions et obligations des sociétés de crédit ; on peut être sûr que ces derniers se négocieraient bien difficilement si elles étaient sujettes à autant de causes de nullité que la propriété foncière. Il y va donc de l'intérêt général, que les tiers trouvent dans

le livre foncier la preuve de la propriété et soient ainsi dispensés de remonter plus haut que la dernière mutation.

Nous arrivons à la seconde objection des adversaires du livre foncier et qui est de beaucoup la plus importante. Comment admettre, disent-ils, que le tiers acquéreur obtienne par l'incription de son titre de propriété, un droit plus solide que celui de l'aliénateur? N'est-ce pas contredire l'axiome de droit civil suivant lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même? Décider que la personne immatriculée comme propriétaire est, par le fait de son inscription, à l'abri de toute attaque, n'est-ce pas exposer le véritable propriétaire à se voir dépouiller de son droit par une immatriculation erronée ou frauduleuse? N'est-ce pas sacrifier d'avance, à une raison de crédit, les intérêts autrement respectables du mineur et de l'interdit, bref des incapables, qui ne peuvent veiller par eux-mêmes à la défense de leurs droits?

Nous répondrons d'abord que le Code de 1804 n'est pas immuable et que ce ne serait là qu'un nouveau changement à ajouter aux nombreux remaniements dont il a déjà été l'objet.

En second lieu, ce Code lui-même consacre la déchéance des droits du propriétaire, quand ils sont en conflit avec ceux des tiers acquéreurs ou créanciers, ainsi par exemple, le donateur ne peut plus obtenir la révocation de sa libéralité pour cause d'ingratitude du donataire, si l'immeuble est sorti des mains de ce dernier. De plus, les principes nouveaux ne feront que consacrer la jurisprudence prétorienne de la Cour de cassation, qui valide les aliénations ou constitutions de droits réels immobiliers, consenties au profit des tiers de bonne foi,

par l'héritier apparent et au préjudice du véritable héritier. La Cour de cassation justifie sa théorie « par des raisons d'équité, par des considérations d'ordre et d'intérêt publiç, que réclame la libre et facile circulation des biens » (1). Nous ne pouvons invoquer de meilleures raisons pour qu'une disposition législative vienne servir de base à cette jurisprudence.

La sous-commission juridique du cadastre a parfaitement compris qu'il serait dangereux d'introduire de toutes pièces et sans aucune atténuation, dans notre législation foncière, la maxime de la force probante des inscriptions, et de subordonner à ce principe nouveau, les droits que les anciens possesseurs de l'immeuble peuvent opposer légitimement au nouveau propriétaire ; c'est pourquoi elle a admis un certain nombre de procédés destinés à conserver ces droits.

Tout d'abord, elle enlève à la force probante son caractère absolu ; « entre les parties, dit l'art. 1er de l'avant-projet, la convention produit ses effets, indépendamment de l'inscription. L'auteur ne peut se prévaloir à l'encontre de l'acquéreur du défaut d'inscription. L'acquéreur, malgré l'inscription prise, reste exposé à toute action en nullité ou résolution ». Ce n'est qu'à l'égard des tiers qui ont acquis à titre onéreux et de bonne foi que le principe de la force probante produira tous ses effets. Nous reviendrons sur cette question en étudiant les effets de la publicité.

En second lieu, le but que poursuit la Commission est de tenir la balance égale entre les deux intérêts

(1) Cassation, 16 janvier 1843. S., 43, 1, 1897. V. la série des arrêts rapportés, p. 122 en note.

en présence : celui du tiers acquéreur et celui des précédents propriétaires du bien-fonds. Le principe de la force probante fournit lui-même le moyen de réaliser cet équilibre, car la publicité absolue, qui en est une conséquence nécessaire, porte en elle-même le remède à ses propres inconvénients. Le livre foncier, en effet, en même temps qu'il démontre et promulgue le droit du propriétaire, conserve les droits réels, charges et restrictions dont il relate l'existence. Il apprend donc aux tiers non seulement le nom du propriétaire actuel de l'immeuble, mais encore toutes les restrictions dont se trouve entouré son pouvoir de dispositions, tous les droits contraires au sien. Ainsi comprise, la règle de la force probante n'est destructive d'aucun droit ; à tous elle assure une égale protection.

Ces inscriptions des droits de propriétaires antérieurs se réalisent de deux manières : soit d'une façon ferme s'il s'agit d'une cause de résolution susceptible d'être inscrite dès le moment de sa naissance, ainsi par exemple la clause de réméré (dans ce cas le point de départ de la rétroactivité sera non pas le jour où est né le droit de résolution, mais celui de son inscription) ; soit au moyen d'une prénotation ou inscription préventive s'il s'agit de causes de résolution, rescision ou nullité ne pouvant être inscrites au moment où se produit le fait dont elles seront plus tard la conséquence (1). Ainsi, par exemple, pour un droit conditionnel ou soumis à l'effet d'une demande en justice, le demandeur, par une prénotation, se garantira contre l'effet de toutes les aliénations ou charges réelles consenties par le défendeur et si la condition se réalise ou qu'il triom-

(1) Notre art. 958, C. civil, est un parfait modèle de prénotation.

phe dans sa demande, l'inscription définitive rétroagira au jour de la prénotation et fera tomber les droits acquis par les tiers, malgré cet avertissement que la publicité a porté à leur connaissance.

Toute cette théorie que nous trouvons dans les art. 24 et 25 de l'avant-projet a été directement empruntée à la loi prussienne. Des précautions spéciales ont été prises, comme en Allemagne, pour que la prénotation ne soit jamais vexatoire et qu'elle soit dans l'intérêt du crédit du défendeur promptement suivie de l'exercice réel du droit qu'elle a pour objet de conserver (art. 24). Nous voyons donc que l'on a cherché à concilier, aussi équitablement que possible, le principe de la force probante avec le respect dû à la propriété. Quant au reproche de sacrifier d'avance à une raison de crédit avec un tel principe les intérêts plus respectables encore des incapables, nous verrons, dans la suite des développements, que la Commission du cadastre a fait tous ses efforts pour ne pas le mériter. Dans le but de sauvegarder leurs droits, elle exige sous les sanctions les plus rigoureuses la mention de leur état d'incapable sur le livre foncier afin d'en avertir les tiers qui traiteront avec eux.

Il y a enfin une dernière objection que nous ne pouvons passer sous silence. Chez nous, dit-on, la transcription, tant d'après la loi du 11 brumaire an VII que d'après celle du 23 mars 1855, ne joue aucun rôle dans la formation du contrat de transfert, elle a simplement pour but de rendre opposable aux tiers le fait de la transmission de la propriété. Le consentement, c'est-à-dire l'union de volonté, seul fait passer la propriété de la tête du vendeur sur celle de l'acquéreur. Il en est tout autrement de l'inscription au livre foncier prussien que nous vou-

lons introduire chez nous. L'Etat en Allemagne est sensé posséder le domaine éminent du sol et c'est par l'investiture seulement qu'il le transfère aux particuliers. Ce système serait donc complètement opposé au génie de notre droit et à toutes nos idées sur la matière.

L'objection n'est pas fondée, le système de l'investiture n'est pas la base des livres fonciers; s'il existe en Allemagne, c'est par suite des traditions germaniques, mais il n'est nullement nécessaire d'y recourir pour appliquer la foi publique du livre foncier. Pour être édifié sur ce point, il suffit de constater que les législations où l'investiture de l'Etat, ou du moins prétendue telle, n'existe pas comme la législation espagnole et tunisienne, font produire à leurs inscriptions aux registres fonciers la force probante. C'est pourquoi la sous-commission juridique, suivant ces mêmes exemples, a admis la force probante à l'égard des tiers tout en consacrant toujours le principe français éminemment spiritualiste du transfert de la propriété entre les parties par le simple consentement. Enfin nous ferons à ce sujet une dernière remarque. Si la force probante ne pouvait résulter que d'un système de publicité comprenant l'investiture par l'Etat, celui-ci devrait garantir aux particuliers la propriété qu'il leur a délivrée; il devrait les assurer contre toute dépossession légale et constituer, par conséquent, une caisse d'assurance destinée à indemniser les victimes. Or, si l'on se reporte aux procès-verbaux, nous y voyons que la sous-commission juridique a repoussé, après une longue discussion, toute institution de cette sorte. C'est donc bien là une preuve de la non-intervention de l'Etat et de l'absence de tout lien de cause à effet entre l'investiture et la force pro-

bante (1). Cette dernière n'est, en définitive, que la plus haute puissance du développement normal de la publicité.

Si nous avons cherché à justifier autant que possible ce principe dominant de la force probante, c'est parce qu'il est en quelque sorte la clef de voûte du nouvel édifice législatif que se propose d'élever la Commission du cadastre ; lui seul en effet peut faire aboutir les réformes destinées à mettre fin à toutes les imperfections de notre système de publicité.

C'est la force probante qui exige la publicité absolue de tous les transferts, de tous les actes déclaratifs, de toutes les causes de nullité ou de résolution, de tous les droits réels. Ces actes juridiques n'existant au regard des tiers que par la force de l'inscription, il faut donc que cette formalité soit obligatoire. Bien entendu ce principe de publicité resterait lettre morte s'il ne s'appuyait sur une autre règle, qui n'est que le développement de la première, celle de la spécialité.

De ce principe de la force probante, se dégage en second lieu, une troisième règle de la plus haute importance : celle de la vérification préalable des titres présentés à l'inscription ou *principe de la légalité*. « Dès lors, en effet, que l'on attache aux énonciations du livre foncier une autorité absolue et des effets irrévocables, il convient de n'accorder la consécration légale qu'à des droits légitimement

(1) M. Magnin, *op. cit.*, p. 243 et suiv., démontre que tout régime de publicité repose sur une sorte d'investiture, même s'il s'agit de la transcription, que toute publicité se fonde sur une violation plus ou moins fréquente de la maxime : *Nemo plus juris...*

acquis et d'exclure du bénéfice de la publicité les prétentions suspectes » (1).

Enfin, au point de vue pratique, notre principe a une dernière conséquence qu'il importe de ne pas perdre de vue. Les inscriptions doivent être prises avec une grande exactitude, car un jour elles peuvent déposséder le véritable propriétaire si, par exemple, un tiers de bonne foi acquérait *a non domino* ; il faut donc distinguer soigneusement les fonds, et celà ne peut se faire qu'à l'aide d'un *bon cadastre* qui ne laissera aucun doute sur la situation, la contenance et les limites de la propriété foncière.

Ainsi donc, ce principe donne naissance à toutes les réformes que nous souhaitions dans la première partie de cette étude ; voyons maintenant les décisions que la Commission du cadastre a prises pour les consacrer.

SECTION II

Publicité des transmissions.

Nous avons dit qu'aucun acte ou fait relatif à la propriété foncière n'existe au regard des tiers que par la force de l'inscription ; parmi les plus importants, figurent les transmissions, puisqu'elles ont pour objet de déterminer un élément essentiel de la publicité : le nom du propriétaire.

L'article 1er de l'avant-projet soumet à l'inscription

(1) Besson : Rapport au Congrès international de la propriété foncière, 1900, p. 12.

« tous actes ou conventions entre vifs à titre gratuit ou onéreux ayant pour effet de transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier ». Cette formule générale fait disparaître toutes les imperfections que nous avions signalées dans l'énumération limitative de notre loi de 1855. Elle assimile les mutations entre vifs à titre gratuit aux mutations à titre onéreux, ce qui met fin à cette dualité de textes et de règles que l'on ne peut expliquer dans nos lois, avons-nous dit, que par leur développement historique.

Mais ce que nous y voyons surtout, c'est que, comme les actes translatifs, les actes déclaratifs n'existeront au regard des tiers acquéreurs ou créanciers que par l'inscription. Ceci ne veut pas dire toutefois que les droits réels concédés antérieurement au partage ne pourront jamais échapper à l'effet rétroactif des attributions. L'art. 883 continue à subsister et le partage inscrit ou non fera toujours tomber les hypothèques ou aliénations antérieurement consenties par un copartageant sur un immeuble autre que celui qui lui est attribué, Mais, maintenant, jusqu'à ce que le partage ait été publié, l'état d'indivision continue envers les tiers qui n'y ont pas figuré, ils peuvent librement en méconnaître le résultat. Si donc, par exemple, postérieurement au partage non inscrit, l'un des copartageants vendait ou hypothéquait un immeuble qui se trouve dans le lot d'un cohéritier, ce dernier ne pourrait se prévaloir du partage à l'encontre du tiers qui a fait inscrire son propre droit; un nouveau partage devrait par conséquent être opéré, auquel les tiers interviendraient en vertu de l'art. 882 du C. civil, pour veiller à ce que l'immeuble ne soit pas frauduleusement attribué à un autre qu'à leur auteur. Ainsi, tout en

conservant les principes, on mettra obstacle aux cessions frauduleuses que pourrait faire un héritier de sa part indivise, alors que ses droits seraient limités par un partage antérieur non inscrit.

Bien entendu, par suite de la généralité de la formule, l'article 1er s'étend aux autres actes déclaratifs tels que la transaction et le jugement. Quant aux actes constatant l'exercice d'une faculté de retrait, la publicité n'en est prescrite que pour le retrait d'indivision. Art. 1408, C. civ. (1).

L'art. 15 de l'avant-projet comble enfin une des plus graves lacunes de notre système actuel en ordonnant la publicité des mutations par décès. On consacrera ainsi législativement et en les rattachant à la maxime de la force probante des livres fonciers, les solutions d'une jurisprudence, aujourd'hui bien constante, sur la validité des actes accomplis par l'héritier apparent. Comme dans toutes les législations, si un conflit s'élève entre le légataire ou tout autre héritier plus proche, d'un immeuble dont les titres n'ont pas été transcrits et l'héritier qui aura rempli les formalités légales, ce dernier devra restituer à qui de droit la possession des biens héréditaires, car la propriété a été transférée au légataire ou à l'héritier plus proche, en vertu de la loi. Mais si l'héritier premier inscrit a consenti des actes de disposition, à titre onéreux, à des tiers de bonne foi, ils subsisteront vis-à-vis du véritable héritier, non pas en vertu des « considérations d'ordre et d'intérêt public » qu'invoquent les arrêts de la Cour de cassation, mais parce que ces tiers ont contracté sur la foi du livre foncier. Il n'y aura plus de diffi-

(1) La Commission a considéré la publicité du retrait successoral comme inutile et celle du retrait de droit litigieux comme dangereuse et favorisant les acheteurs de procès.

culté, comme aujourd'hui, au sujet de la désignation de l'héritier apparent, puisque cette qualité sera irrévocablement attestée par le témoignage public du livre foncier.

Il va de soi que l'inscription de l'héritier apparent sur le registre foncier, n'aura de force probante à l'égard des tiers que si ceux-ci sont de bonne foi et ont acquis leurs droits à titre onéreux. Pour atténuer encore davantage les graves conséquences du principe de force probante et maintenir dans la mesure du possible les droits du véritable propriétaire, l'article 20 paragraphe 2 de l'avant-projet décide que les actes à titre onéreux, conclus de bonne foi par les tiers avec l'héritier apparent, ne seront pas opposables à l'héritier réel inscrit dans les six mois qui suivent l'ouverture de la succession (1).

Dans notre système de transcription, en reprenant l'exemple que nous citions plus haut, l'héritier apparent n'a jamais été propriétaire; du jour même du décès du *de cujus*, en vertu de la loi, le légataire s'est trouvé immédiatement investi de la propriété et quand bien même cet héritier apparent aurait vendu l'immeuble à un tiers qui aurait lui-même fait transcrire, ce tiers tient ses droits d'un *non dominus* et ne peut se prévaloir de sa propre transcription; par conséquent, il ne saurait être préféré au légataire. Tels sont les principes généraux sur la transcription; on ne peut les changer et toute publicité des mutations par décès devient illusoire, si elle ne va pas jusqu'à la foi publique du livre foncier (2).

(1) L'Alsace-Lorraine porte le délai à un an.

(2) M. Ferron a bien compris la portée de l'objection. Etudiant le projet Darlan, qui, lui aussi, soumet à la transcription les mutations par décès, tout en repoussant d'une façon générale le système

SECTION III

Publicité des causes de résolution.

C'est ici que nous allons trouver une application du principe d'équilibre que nous signalions il y a quelques instants. S'il ne s'agissait que de l'intérêt des tiers acquéreurs ou créanciers, la foi absolue des livres fonciers dispenserait de publier les actions en nullité ou résolution des titres de transfert ; mais, il faut aussi sauvegarder, dans la mesure compatible avec les exigences du crédit, les droits des anciens propriétaires ; c'est pourquoi il importe d'organiser la publicité non seulement des actes translatifs de la propriété immobilière, comme nous l'avons vu précédemment, mais encore de tous les droits et actions tendant à détruire ou à restreindre le droit de propriété. On obtient, de cette façon, le contre-poids en quelque sorte nécessaire au principe de la force probante.

Les décisions de la Commission du cadastre contenues dans l'avant-projet peuvent se ramener à trois règles qui concordent avec le système idéal que nous formulions dans la première partie de cette étude.

D'abord, inscription, dans la mesure du possible,

de la force probante, il ne reconnaît d'autre utilité à cette publicité que de donner une généalogie complète de la propriété et conserve ainsi à la transcription le caractère purement documentaire qui est le signe distinctif du système français. FERRON, *op. cit.*, p. 395. Nous ne croyons pas, cependant, que telle est uniquement l'intention des rédacteurs du projet Darlan en exigeant la publicité pour les transmissions *mortis causa* ; il nous semble, malgré le peu de précision de l'art. 4 du projet, qu'ils ont voulu faire de cette transcription la preuve indéniable de la propriété à l'égard des tiers de bonne foi ; c'est là, justement, la formule même de la force probante.

du fait juridique dont dérive le droit révocatoire de la propriété.

Puis, publicité au moyen d'une inscription ou d'une prénotation, de la demande en justice, ayant pour but de mettre en mouvement l'action révocatoire ; l'utilité en sera très grande, s'il s'agit d'une cause d'éviction rebelle à cet avertissement au moment où elle prend naissance, ainsi par exemple, s'il s'agit d'une réduction pour atteinte à la réserve.

Enfin, nous avons dit au chapitre précédent que les registres doivent mentionner les jugements, qu'ils soient déclaratifs ou attributifs de droits (art. 1er, avant-projet) et, par conséquent, ceux qui annulent, rescindent ou résolvent le droit de propriété.

Voyons donc comment l'avant-projet a organisé la publicité des causes d'éviction que le principe de rétroactivité rend pour les tiers si redoutables.

I. — Publicité des droits de résolution (1).

En ce qui concerne les droits de résolution, qualifiés d'ordre privé, résultant spécialement des clauses d'un contrat ou d'un acte, ou bien établis par la loi dans une vue d'équité et par interprétation de la volonté des parties, l'art. 6 de l'avant-projet décide qu'ils doivent toujours être rendus publics par une inscription particulière et qu'ils ne sont opposables aux tiers qu'à cette condition.

Le principe s'applique d'abord et surtout, sans distinguer entre la vente et les autres contrats portant sur des droits immobiliers, au droit de résolution dérivant, d'après l'art. 1184 du Code civil, de l'inexécution des engagements. La sous-commission

(1) Pour la facilité des développements nous avons suivi un ordre différent de celui de notre première partie.

juridique se trouvait en face de deux solutions: l'une, proposée en 1850 par la Commission de l'Assemblée nationale législative, qui supprime à peu près le droit de résolution, car elle le rend inopposable aux tiers aussi longtemps qu'il n'a pas pris la forme d'une action et que celle-ci n'a pas été inscrite; l'autre, admise par la loi d'Alsace-Lorraine du 22 juin 1892 et qui exclut le droit de résolution s'il n'a pas fait l'objet d'une stipulation formelle lors du contrat et d'une inscription au livre foncier avant celle des droits des tiers. Ces deux solutions ont été repoussées: la seconde parce que cette clause résolutoire prendrait le caractère d'une clause de style, qui figurerait dans tous les actes; la première, parce que favorisant d'une manière excessive la circulation des capitaux, elle sacrifierait par contre l'intérêt du précédent propriétaire et méconnaîtrait la convention des parties. La sous-commission s'est maintenue sur le terrain des principes actuels ; la condition résolutoire tacite de l'art. 1184 reste le droit commun des contrats synallagmatiques, mais il faut du moins pour la conservation du droit de résolution une manifestation de la volonté de la partie intéressée, consistant dans la réquisition de l'inscription. Les tiers seront donc protégés toutes les fois qu'ils n'ont pas été avertis des dangers qu'ils avaient à courir.

Même rendue publique, l'action résolutoire, dit M. Massigli, est *nuisible parce qu'elle est l'action résolutoire*, aussi deux atténuations ont été apportées à ces inconvénients dans l'avant-projet: d'une part le § 3 de l'art. 6, emprunté à la loi Belge de 1851, permet aux tiers qui auraient à souffrir de la résolution du contrat de conjurer le danger en désintéressant eux-mêmes le demandeur, si la nature des

obligations imposées au débiteur le permet. « Ce droit, dit l'art. 6, peut être exercé tant que la décision prononçant la résolution n'est pas passée en force de chose jugée ». D'autre part, l'art. 10, provenant d'un amendement approuvé dans la discussion de 1850, s'exprime ainsi. « Lorsqu'un droit de résolution... préjudicie aux droits de créanciers privilégiés ou hypothécaires, les sommes que le propriétaire antérieur ou le revendiquant peut être tenu de rembourser sont attribuées, jusqu'à due concurrence, à ces créanciers suivant leur rang ».

Le principe de l'art. 6, avons-nous dit, est tout à fait général et s'applique à tous les droits de résolution dérivant de l'art. 1184 et par conséquent à l'action révocatoire des donations pour inexécution des charges (art. 954, C. civil), à l'action en reprise de l'objet échangé, etc... ; bref, qu'il y ait donation, transactions, échange ou vente, l'inscription est toujours nécessaire. Le second paragraphe de l'art. 6 vient compléter cette disposition en décidant « que la même règle doit être observée à l'égard du droit de révocation d'une disposition testamentaire pour cause d'inexécution des charges opposées à la libéralité, du droit de retrait établi par le second paragraphe de l'art. 1408 du Code civil, de la faculté de réméré et de toute autre cause de résolution établie par la volonté des parties ».

Il nous reste à examiner les droits de résolution d'ordre public qui, dans notre système de transcription ne sont soumis à aucune publicité. Nous trouvons d'abord une cause de résolution résultant du principe contenu dans l'art. 843 du Code civil, à savoir : que le successible qui reçoit donation d'un immeuble en avancement d'hoirie n'acquiert sur cet immeuble qu'un droit de propriété résoluble et doit

le rapport en nature. L'art. 860 apporte une dérogation au principe en décidant que lorsque le donataire a aliéné l'immeuble, la donation subsiste et le rapport se fait en moins prenant, à moins que le *de cujus* en ait autrement ordonné. Cet article parle bien des aliénations, mais reste muet au sujet des charges réelles ou droits d'hypothèques consentis par le donataire ; ils doivent par conséquent tomber au cas de rapport en nature. Dans l'intérêt du crédit, l'avant-projet fait cesser cette inégalité en décidant, dans l'art. 7 remplaçant l'art. 860, que : « Hors le cas d'une réserve expresse insérée dans la donation et régulièrement inscrite au livre foncier, le rapport n'a lieu qu'en moins prenant lorsque le donataire a aliéné l'immeuble ou l'a grevé de droits réels avant l'inscription des droits des cohéritiers ».

Jusqu'ici, par conséquent, pas de difficulté, mais nous arrivons à toute une catégorie de droits au sujet desquels les plus vives discussions se sont élevées. Après avoir dit que l'inscription mettait l'acquéreur à l'abri de toute action fondée sur un droit non inscrit, le Comité d'études et de rédaction avait ajouté cette autre proposition reproduite par l'art. 8 de l'avant-projet, « sont exceptés : la révocation de donations pour cause de survenance d'enfants, la révocation des donations entre époux pendant le mariage, la réduction pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire, et la nullité du partage d'ascendants, dans le cas prévu par l'art. 1078 et la deuxième disposition de l'art. 1079 ». Ces causes d'éviction sont en effet d'une nature qui résiste à l'organisation de la publicité, sous la sanction ordinaire, au moment où prennent naissance les droits contre lesquels elles doivent sévir. Si, d'autre part, disait le Comité, on admet que le donateur ou le con-

joint, en omettant d'inscrire leur droit, rendent impossible l'effet de la révocation à l'encontre des tiers, on leur donne ainsi en réalité le moyen de renoncer complètement au bénéfice de la révocation, ce que la loi leur défend. Enfin, par cette publicité, on maintient les aliénations consenties par le disposant auquel on permet ainsi d'enlever pour son fait aux réservataires un droit qu'ils tiennent de la loi. C'est surtout, entraîné par cette dernière raison et par l'impossibilité de maintenir l'équilibre entre les intérêts en conflit, que le Comité avait voté l'art. 8.

« Nous ne nous dissimulons pas, disait le rapporteur, la gravité des conséquences que ce parti entraîne : c'est l'obligation imposée aux tiers de vérifier les origines de la propriété, c'est un germe d'inquiétude, l'insécurité prolongée pendant des années dans tous les cas où la propriété repose sur une disposition à titre gratuit surtout sur une donation » (1).

Pour atténuer les effets d'une telle décision, le Comité proposait d'étendre le tempérament qu'apporte l'art. 930 aux effets résolutoires de la réduction pour atteinte à la réserve, à tous les cas entrant dans la disposition de l'art. 8 (2).

Ces propositions ont été rejetées par la sous-commission juridique. Au sujet de la révocation pour cause de survenance d'enfants, le rapporteur avait lui-même déclaré qu'il n'y avait guère d'inconvé-

(1) Procès-verbaux. Fasc. II, p. 563.

(2) Art. 8, § 2 de l'avant-projet : « Néanmoins, les actions ouvertes par les deux dispositions précitées aux descendants omis ou qui ne sont pas remplis de leur part de réserve, ne peuvent être exercées au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur les immeubles compris dans le partage, que discussion préalablement faite des biens des co-héritiers et en observant l'ordre des dates des aliénations, comme il est dit à l'art 930 du Code civil pour l'action en réduction, le tout sans préjudice de l'effet d'une prénotation.

nients à faire échec aux dispositions du Code civil, car c'est là une institution universellement condamnée aujourd'hui ; en ce qui concerne la révocation des donations entre époux pendant le mariage, on pourrait dire qu'elle n'est pas sans présenter quelque analogie avec la révocation pour cause d'ingratitude, et pourquoi alors ne pas appliquer la règle de l'art. 958 ? (1). Ce n'est qu'au sujet de la réserve que la décision était grave, le rapporteur insistant principalement sur la nécessité de ne pas toucher à ce principe fondamental de nos lois qui est déjà très énervé par les facilités, que les valeurs mobilières offrent aux libéralités secrètes. Quoiqu'il en soit, ces raisons n'ont pu prévaloir contre la volonté bien arrêtée de la sous-commission d'établir un système mettant les acquéreurs et les créanciers hypothécaires de bonne foi à l'abri de toute éviction ; elle pensa qu'admettre une seule des exceptions au principe de la force probante contenues dans l'art. 8, était défaire toute l'œuvre qu'elle venait d'accomplir dans le sens de la consolidation du titre foncier.

Par conséquent, désormais toutes ces actions ne pourront plus s'exercer contre les tiers qui auront publié leurs droits avant la prénotation de la demande, soit en révocation, soit en réduction. Les réservataires, comme leur droit d'agir ne prend naissance qu'au décès du disposant, viendront trop tard pour revendiquer l'immeuble, ils n'auront donc, la plupart du temps, qu'une action personnelle contre un donataire peut-être insolvable.

(1) Le Code civil italien, dans son article 1088, a assimilé la révocation pour cause de survenance d'enfants à la révocation pour ingratitude ; il a supprimé les donations entre époux.

II. — Publicité des causes de rescision et de nullité.

Il existe encore toute une série de causes d'éviction qui, en raison même des circonstances dans lesquelles elles prennent naissance ne peuvent pas se révéler immédiatement aux tiers. Ainsi, par exemple, le prétendu acheteur d'un immeuble a fabriqué de toutes pièces l'acte d'acquisition dont il se prévaut, le consentement d'un vendeur a été donné par erreur ou obtenu par dol ou violence; une vente d'immeuble ou un partage sont entachés de lésion, un vice de forme se glissant dans une donation notariée d'immeubles n'a pas été aperçu avant l'inscription du donataire, un immeuble a été donné par un débiteur en état de cessation de paiement, etc..., ces faits occasionneront soit l'action en revendication du légitime propriétaire, soit les actions en nullité ou rescision. Mais ces actions, en vertu de l'art. 9 de l'avant-projet, ne produiront aucun effet à l'égard des tiers auxquels des droits ont été conférés sur l'immeuble par le titulaire de l'inscription dont la légitimité est contestée. Il faut toutefois que ces tiers aient acquis leurs droits à titre onéreux et de bonne foi, ils ne seront jamais admis à alléguer cette bonne foi, c'est-à-dire leur ignorance du vice qu'affectait le titre de leur auteur, lorsqu'il existait une prénotation sur le livre foncier au moment où ils ont requis inscription à leur profit.

Ces solutions sont rigoureuses, mais, comme nous le disions il y a quelques instants, elles découlent du principe de force probante et l'on ne saurait les critiquer sans attaquer le fondement même de la réforme. — D'ailleurs la partie intéressée, c'est-à-dire le véritable propriétaire, peut, dès qu'elle a connais-

sance des circonstances qui lui ouvrent l'action, sauvegarder (s'il en est temps encore), ses droits au moyen d'une prénotation (1).

Le Comité de rédaction et d'études avait présenté deux exceptions intercalées dans l'avant-projet au milieu du premier paragraphe de l'art. 9 : « sont pareillement exceptées (2), les actions fondées sur l'incapacité d'une des parties ou sur le défaut absolu d'acte notarié lorsqu'un acte de cette nature est exigé par la loi ». Ces exceptions ont été rejetées comme les précédentes. Pour le second cas visé, défaut d'acte notarié, il ne saurait y avoir de difficultés. On ne peut guère se figurer un conservateur des hypothèques, muni d'un pouvoir de contrôle (et nous savons que tel est le système de la sous-commission), inscrivant une donation ou une hypothèque sous-seing privé.

Mais c'est au sujet du premier cas, qui doit s'entendre de la nullité fondée sur le dessaisissement du failli ou du débiteur en état de liquidation judiciaire, tout aussi bien que de celle fondée sur une incapacité proprement dite, que des explications sont nécessaires.

(1) Un intérêt légitime sera donc parfois lésé ; « mais, disait le rapporteur, M. Massigli, l'intérêt des tiers de bonne foi, qui se confond avec l'intérêt du crédit et de la stabilité des transactions, mérite plus de faveur que l'intérêt privé de la partie qui s'est laissé tromper par des manœuvres plus ou moins habiles et, n'eût-elle aucune faute à se reprocher, comme dans le cas où son consentement aurait été extorqué par violence, il doit l'emporter encore, tant qu'il ne trouve en face de lui qu'un simple intérêt privé, par la raison qu'il est l'intérêt public ». « On doit compter d'ailleurs, ajoutait-il, sur les pénalités portées par l'art. 27, sur un contrôle rigoureux et attentif avant toute inscription pour prévenir des abus ». Procès-verbaux, fasc. II, p. 554.

(2) De la règle en vertu de laquelle l'inscription met l'acquéreur à l'abri de toute action fondée sur un droit non inscrit ou intentée en raison d'une clause d'un contrat non inscrit.

Les raisons principales qu'invoquaient le Comité et son rapporteur pour admettre que l'action en nullité réfléchit contre les tiers acquéreurs, même de bonne foi, étaient : qu'avec une règle contraire, on sacrifiait les incapables et on leur donnait le moyen de renoncer d'avance et en état d'incapacité, au bénéfice de la protection que le législateur a cru nécessaire de leur accorder.

La sous-commission a refusé de suivre son Comité dans la voie qu'il traçait, toujours pour ce motif, qu'avec le système proposé par le Comité, il faudra que l'acquéreur remonte toute la série des mutations de l'immeuble et contrôle chacune d'elles à ses risques et périls ; car si l'on trouvait, à l'un quelconque des degrés de l'échelle, que l'immeuble ait été aliéné par un incapable, cet acquéreur en serait évincé malgré sa qualité de tiers et malgré sa bonne foi ; la prescription en fin de compte arriverait seule à pouvoir couvrir le vice dont la série des mutations se trouverait affectée. On ruinerait, avec cette façon d'agir si contraire aux principes fondamentaux du système nouveau, le crédit immobilier, qu'il a pour but d'établir.

L'autorité absolue donnée à l'inscription ne sacrifiera pas le droit des incapables. Parce que, d'abord, dans les rapports de l'incapable avec son acquéreur immédiat, rien n'est changé à ce qui existe ; contre cet acquéreur, l'action de l'incapable continuera à s'exercer sans aucune entrave et, si l'immeuble a changé de mains, l'action en dommages-intérêts subsistera toujours à son profit ; ensuite, dans ce second cas, on aura comme autre moyen de sauvegarde, la mention des incapacités au livre foncier, en regard du nom du propriétaire. Avec cette inscription, on supprimera, dans une très large mesure,

les chances d'éviction qui pourraient menacer les incapables. Mais la difficulté consiste à trouver le procédé qui assure l'inscription, en temps nécessaire, de tous les faits pouvant entraîner une incapacité relative ou absolue. Dans la séance du 9 mars 1893, le Comité de rédaction et d'études, qui avait été chargé d'opérer des recherches dans ce sens, avouait son impuissance et se demandait s'il n'y aurait pas lieu de revenir sur les votes antérieurs de la sous-commission. Ce n'est que dans la séance du 13 juillet 1893, que l'on aboutit à un vote ferme. Ce sont les propositions adoptées dans cette séance par la sous-commission que nous allons maintenant étudier, en reprenant, une à une, les principales incapacités.

A. — La première à publier est celle du mineur; rien n'est plus facile, toute inscription de propriété devra mentionner la date et le lieu de naissance de la personne inscrite; cette formalité s'accomplira grâce à la production d'un extrait des actes de l'état civil.

B. — Pour la femme mariée, nous trouvons une double incapacité. D'abord une incapacité légale résultant des art. 215 et 217, C. civ.; la publicité en sera obtenue par une inscription semblable à celle du mineur, indiquant la date et le lieu de la célébration du mariage, inscription qui devra se renouveler à chaque acquisition nouvelle faite par la femme. Ce sera le notaire qui la requièrera en cas d'acte authentique, et la femme ou le mari, si l'acte est sous-seing privé (1).

(1) Bien entendu, ce sont ces mêmes personnes qui devront faire compléter l'inscription au cas où la femme inscrite comme propriétaire aura contracté mariage. Si, ni la femme, ni le mari, ni le notaire n'agissaient, la mention de mariage et par conséquent de

La seconde incapacité peut être qualifiée de *contractuelle*, elle résulte de l'adoption par les époux de tel ou tel régime matrimonial. La sous-commission n'a pas cru devoir ordonner des mesures analogues aux précédentes, cette incapacité ne sera pas inscrite, et le conservateur devra s'en enquérir sous sa responsabilité ; les raisons invoquées ont été que nous avions la loi de 1850, qui fait partie intégrante du Code civil, et aux termes de laquelle l'officier de l'état civil, procédant à la célébration du mariage, doit interpeller les contractants pour savoir s'il a été fait un contrat de mariage et, au cas où il en a été fait, quelle est sa date, le nom du notaire qui l'a dressé, etc... Si les contractants déclarent inexactement qu'il n'y en a pas eu, la femme ne peut plus alors se réclamer des incapacités exceptionnelles qui sont la conséquence du régime matrimonial établi. On a pensé que cette loi offrait des facilités suffisantes pour publier l'incapacité *contractuelle*.

C. — En ce qui concerne les incapacités résultant de l'interdiction ou de la dation d'un conseil judiciaire, l'inscription en est requise par le demandeur en interdiction ou en nomination de conseil.

Une telle solution était commandée par ce fait, qu'il est ordinairement proche parent du défendeur et connaît, mieux que tout autre, la consistance du patrimoine, dont il veut sauver l'intégrité. Ce sont les tuteurs et les conseils judiciaires qui, dans la suite, au cas d'acquisition de nouveaux immeubles, feront opérer pour chacun la mention de l'incapacité.

l'incapacité pourrait être requise par les parents ou alliés des époux en ligne directe ou en ligne collatérale au degré de frère et de sœur, d'oncle et de tante.

D. — Enfin, des dispositions semblables sont édictées au sujet du dessaisissement qui est, à plus justement parler, une indisponibilité établie dans l'intérêt de la masse des créanciers, mais qui produit des effets analogues à ceux de l'incapacité. Ainsi, par exemple, une personne a été déclarée en faillite, elle a disparu, elle est allée se refaire à l'étranger, puis elle revient au bout d'une vingtaine d'années, mais ce n'est pas dans son lieu d'origine, car elle y retrouverait ses anciens créanciers; elle vit dans un milieu nouveau qui ne sait rien de son passé. Les actes qu'elle passe n'en sont pas moins entachés de nullité au gré du syndic qui peut, dans une occasion quelconque, rouvrir la faillite et revendiquer au nom de la masse les immeubles que cette personne a vendu.

Il y a là un grave danger, et, pour protéger les tiers, il importe d'établir, en règle générale, que, vis-à-vis d'eux, le débiteur ne sera dessaisi de la disposition de ses droits immobiliers que par l'inscription au registre public, à la requête du syndic ou du liquidateur, des jugements déclaratifs de faillite ou qui prononcent l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

Il importait, aussi bien dans l'intérêt public que dans celui des incapables, d'établir le délai dans lequel les incapacités et le dessaisissement devront être mentionnés; il a été fixé à 30 jours. Son point de départ est pour l'interdit, le prodigue et le failli, le jour du jugement (1); pour la femme mariée, le jour du mariage, et, s'il s'agit d'immeubles acquis au

(1) Pour les immeubles acquis durant le cours de l'incapacité, le délai part du jour où le tuteur ou le conseil ont eu connaissance de ces acquisitions.

cours du mariage, le jour où le transfert a date certaine.

La mention de l'incapacité vaut, à l'égard de l'incapable, prénotation de son action en nullité puisqu'elle lui permet d'exercer son droit de suite contre les tiers et ces derniers, s'ils deviennent acquéreurs pendant les 30 jours du délai, peuvent se voir opposer malgré l'inscription de leurs droits, une incapacité que rien, cependant, ne leur révélait; ils ne seront donc nantis qu'au bout des 30 jours, d'un titre incommutable et à l'abri de toute contestation. Cette règle est des plus logiques.

Le système adopté par la sous-commission n'a pas été sans soulever de vives critiques de la part de la minorité; critiques qui, croyons-nous, sont pour la plupart méritées.

La première, qui est surtout une critique de principe et de méthode, a été formulée par M. Bonjean, à la séance du 30 mars 1892. « On peut très bien comprendre, disait-il, qu'on cherche à faire une loi générale meilleure que celle qui existe et qui, je le reconnais, est défectueuse; mais ce n'est pas à propos d'une application particulière qu'il convient de modifier, et pour cette application seulement, les dispositions générales de la loi en matière d'incapacité (1).

Nous croyons, en second lieu, quoi qu'en dise M. Challamel, qu'avec le système qu'il a fait adopter par la sous-commission certains incapables manqueront des protections que la loi a voulu leur accorder; nons voulons parler du prodigue ou faible d'esprit, de l'interdit et de la femme mariée. Ils pourront en effet être dépouillés sans compensation; ainsi, par

(1) Procès-verbaux. Fasc. II, p. 475.

exemple, si ceux qui sont chargés de requérir l'inscription, soit par dol, soit par incurie négligent ou tardent de le faire, l'incapable vendra un de ses biens à un individn peut-être insolvable ou à un homme de paille qui lui, se hâtera de le revendre à un tiers de bonne foi ; de cette façon l'incapable, s'il a agi en connaissance de cause tourne la loi, et s'il a tout ignoré est irrémédiablement dépouillé, puisque le projet ne rend responsable de leur négligence ni le notaire, ni le mari, ni le demandeur en interdiction.

Enfin, nous dirons, reprenant une critique de M. Worms, que rien n'est plus changeant, ni plus insconstant que l'état civil d'une personne. Elle était mineure hier, demain elle sera majeure ; elle était mariée, elle sera demain divorcée, ou séparée de corps ; elle était dessaisie, elle sera demain réhabilitée, etc., toutes ces modifications, toutes ces cessations d'incapacité devront à leur tour être inscrites au livre foncier qui se trouvera alors surchargé d'une foule de mentions qui ne seront guère faites pour contribuer à sa clarté et surtout à sa simplicité.

La sous-commission a, croyons-nous, fait fausse route en s'attachant à la mention des incapacités sur le livre foncier pour sauvegarder les droits des incapables. Nous pensons que lorsqu'elle reverra une dernière fois les articles de son avant-projet, avant de les voter définitivement, elle reviendra sur ses décisions et trouvera un autre moyen de concilier l'intérêt du crédit public avec celui des incapables. Il y en a bien un ; fort simple, qui consiste à recourir aux ressources que procure le principe de la légalité que nous verrons bientôt. Avant d'inscrire, le conservateur doit vérifier la capacité des parties : et par conséquent s'il remplit son devoir plus de nul-

lités. Mais ce système entraîne pour le conservateur une énorme responsabilité qui ne peut exister que partagée par les notaires. Or, la Commission admettant à l'inscription les actes sous-seing privé, un tel système doit être de prime abord laissé de côté.

SECTION IV

De la prescription.

On peut paraître tout étonné d'entendre prononcer ce nom dans une réforme où l'inscription doit servir de fondement à la propriété; admettre une telle institution, n'est-ce pas aller à l'encontre du but poursuivi?

La sous-commission l'a cependant maintenue dans le nouveau régime foncier, et l'art. 14 de l'avant-projet décide que la prescription soit acquisitive, soit extinctive, peut s'accomplir à l'encontre d'un droit inscrit au livre foncier. L'avant-projet a voulu que quand la prescription serait accomplie, l'acquisition de la propriété par ce mode particulier fut mentionnée sur les registres tout comme y est mentionnée l'acquisition faite par contrat ou par succession. Il a obéi à cette pensée qu'aucune mutation de la propriété ne doit échapper à l'inscription sur les livres fonciers. Il a fait de même pour la prescription extinctive, la disparition du droit éteint doit donc y être aussi consignée.

Quant aux effets de la prescription, l'avant-projet a consacré les conséquences du principe de publicité. L'acquisition de la propriété par la prescription

acquisitive, l'extinction d'un droit inscrit par la prescription extinctive ne peuvent pas être opposées aux tiers qui auraient acquis des droits sur l'immeuble en traitant avec celui que le livre foncier désignait comme investi de la propriété, comme titulaire du droit que la prescription est venue éteindre.

D'après les principes du Code civil, la prescription rétroagit ; celui qui a possédé pendant 30 ans ou qui prescrit par 10 ou 20 ans, est considéré comme propriétaire du jour où il a pris possession ; d'après l'avant-projet, au contraire, tant que l'accomplissement de la prescription n'aura pas été rendu public, son effet acquisitif ou extinctif ne pourra être invoqué contre les tiers. Ce système respecte donc bien le principe de la publicité. Une exception a été cependant admise, elle est renfermée au dernier paragraphe de l'art. 12 (ancien art. 14) de l'avant-projet, et concerne la prescription de 10 ou 20 ans : « Dans les cas où la prescription suppose un titre, dit cet article, elle ne commence à courir que du jour où il a été rendu public ; mais ses effets remontent, même à l'égard des tiers, au jour de l'inscription de ce titre ».

L'art. 14 a été l'objet d'une très vive discussion dans les séances de la sous-commission juridique des 23 et 30 juin 1892. M. Worms s'est surtout élevé contre lui, et a tâché de montrer qu'il était incompatible avec le système des livres fonciers ; que la prescription acquisitive trentenaire implique en général la mauvaise foi ; qu'on ne peut la conserver qu'en donnant une prime évidente à la ruse ou la violence, et que celle de 10 ou 20 ans, qui implique le juste titre et la bonne foi, est inutile. Le rapporteur, M. Massigli, et M. Challamel, ont répondu à ces critiques. « Je ne comprends pas, disait M. Challa-

mel, cette levée de boucliers contre la prescription extinctive. Sans elle il n'y aurait pas moyen de vivre. Toutes les lois, je parle des plus sages, ont une disposition qui, lorsqu'un certain délai s'est écoulé, exonère l'individu des obligations qui pèsent sur lui. Il en est ainsi en matière fiscale »(1). Quand à la prescription acquisitive trentenaire, ces auteurs ont prouvé que, malgré le principe, en fait d'immeubles inscription vaut titre, elle présente une certaine utilité. Voici, par exemple, un immeuble qui est inscrit au nom d'un tel ; mais le propriétaire a disparu, il est allé s'établir à l'étranger, il y est mort ou il a disparu d'une façon quelconque, bref, on n'en a plus entendu parler, personne ne se présente pour invoquer l'inscription ; il faut bien qu'un jour cette situation prenne fin, pourquoi ne serait-ce pas au profit de celui qui a possédé pendant trente ans ?

Si l'on envisage maintenant la prescription par dix ou vingt ans, avec les résolutions précédemment votées, l'utilité est incontestable pour les tiers qui auraient acquis à titre gratuit d'un possesseur dont le titre serait résoluble. « Ce n'est pas un intérêt qui me paraisse négligeable, disait M. Massigli, que celui d'un tiers ayant acquis à titre de constitution de dot et que l'éviction viendrait priver des ressources sur lesquelles il avait compté pour pourvoir aux besoins d'une famille nouvellement fondée » (2).

L'art. 14 n'appliquera, il faut le reconnaître, la solution qu'il comporte qu'à des cas exceptionnels et cette solution n'étant pas en contradiction avec la théorie du livre foncier, mais, au contraire, en parfait accord avec elle, puisque l'on a incliné la pres-

(1) Procès-verbaux. Fasc. II, p. 656.
(2) Procès-verbaux. Fasc. II. p. 644.

cription devant la foi probante du registre, il n'y a aucun motif pour l'écarter de l'avant-projet. Enfin, la possession légale, telle que la prévoit l'art. 2229, est un fait assez notoire pour que le propriétaire inscrit soit inexcusable de n'avoir pas fait valoir ses droits en temps utile. Sur l'observation de M. Faye, que les procès de prescription portent rarement sur la propriété d'un domaine tout entier, mais roulent la plupart du temps sur des questions de servitude ou de limites, M. Challamel a proposé à la séance du 30 juin 1892 (1) un paragraphe additionnel à l'art. 14, ainsi conçu : « Il n'est pas admis de prescription acquisitive contre les énonciations de la première partie du livre foncier (détermination physique de l'immeuble avec indication de la contenance, de l'unité foncière, des mitoyennetés et des servitudes actives et passives) ». Cette proposition a été acceptée; les résultats qu'on doit en attendre seront des plus heureux, car elle mettra, dans nos campagnes surtout, un terme à une foule de procès délicats et très coûteux par suite des enquêtes et des expertises qu'ils entraînent d'ordinaire.

SECTION V

Publicité des droits réels.

I. — Publicité des droits réels autres que l'hypothèque.

Le principe général de l'inscription obligatoire est posé dans l'article 1er de l'avant-projet; article que

(1) Procès-verbaux. Fasc. II, p. 658.

nous avons déjà cité à propos de la publicité des transmissions. Il concerne, par conséquent, les droits réels d'usufruit, d'usage, de servitude, d'habitation, l'emphythéose, l'antichrèse et le droit de superficie. Tous ces droits, pour être opposables aux tiers, devront donc être inscrits sur le feuillet foncier de chaque immeuble qu'ils grèvent.

L'art. 2 ne fait que préciser le principe en ordonnant l'application des mêmes formalités à certains droits réels plus intéressants, au sujet desquelles des difficultés s'étaient produites et à d'autres droits qui, sans avoir véritablement le caractère de réalité, sont cependant susceptibles de modifier sensiblement la valeur vénale d'un immeuble.

« Il en est de même (dit l'art. 2) :

1° Des actes et jugements portant cession ou règlement de mitoyenneté;

2° Des actes et jugements réglant le mode d'exercice d'une servitude légale ou les charges d'indemnité auxquelles elle peut donner lieu;

3° Des baux excédant douze années, soit par leur terme originaire, soit par l'effet d'un renouvellement convenu avant expiration;

4° Des actes et jugements constatant, même pour bail de moindre durée, paiement ou cession d'une somme supérieure à une année de loyers ou fermages non échus ».

Toute explication au sujet de ces articles est, croyons-nous, inutile. Qu'il nous suffise de constater que les durées au-delà desquelles la loi de 1855 rend obligatoire la transcription des baux et cessions de loyer, ont été, dans l'intérêt du crédit, sérieusement abaissées.

II. — Publicité des privilèges et hypothèques.

Plus d'hypothèques occultes : toutes les hypothèques, sans exception, sont soumises au principe essentiel de la publicité. Plus d'hypothèques générales : toutes les inscriptions doivent être spécialement prises pour une somme déterminée sur l'immeuble qui est affecté à la garantie du droit.

Enfin, application des mêmes principes aux privilèges immobiliers qui, désormais, ne sont conservés que par l'inscription.

Tels sont, en cette matière si imparfaite de notre Code, les principaux traits de la réforme que présente la sous-commission juridique du cadastre.

A. — *Privilèges.* — Le législateur de l'an VII, si soucieux, cependant, d'asseoir sur des bases solides le crédit hypothécaire, avait admis la possibilité des privilèges généraux et occultes s'exerçant à l'encontre des créanciers hypothécaires et des acquéreurs ; mais, les exigences du crédit se sont accrues depuis cette époque et l'on ne saurait nier que l'existence de ces privilèges est une entrave à son développement. C'est pourquoi la sous-commission supprime les articles 2104 et 2105 du Code civil et se prononce formellement en faveur d'une disposition qui dégage les créanciers hypothécaires de toute subordination aux privilèges généraux de l'art. 2101. Cependant, pour assurer, dans la mesure convenable, le paiement des créances qu'ils ont pour but de garantir, elle décide, dans l'art. 7 de son avant-projet, de leur accorder préférence, à l'encontre des créanciers chirographaires, sur le reliquat du prix de vente des immeubles après l'entier paiement des charges réelles proprement dites : privilèges et hypothèques. Cette excellente mesure avait été pro-

posée par la Commission parlementaire de 1850, et la loi belge du 16 décembre 1851 l'a empruntée pour en faire son article 19.

Un seul des privilèges de l'art. 2101 continue à s'exercer sur les immeubles, et échappe, par la nature même des choses, au principe de publicité, c'est celui des frais de justice (art. 9 et 10), servant précisément à réaliser le gage immobilier dont la procédure d'ordre a pour but de distribuer le prix ; il est donc tout naturel que les frais de justice soient les premiers privilégiés.

Les quatre privilèges immobiliers : du vendeur d'immeuble, du copartageant, de la séparation des patrimoines, et de l'architectecte, ne peuvent avoir d'effet que par leur inscription au livre foncier. Avec ce système, il est incontestable que les privilèges se rapprochent beaucoup des hypothèques au point de vue des formalités à remplir et des effets qu'ils produisent ; cependant, toute différence n'a pas disparu, car l'inscription qui les vivifie comporte une certaine rétroactivité dont l'étendue d'ailleurs varie avec chacun d'eux.

Une dissemblance existait dans le système du Code civil, entre le privilège du vendeur et celui du copartageant, le premier se conservait par la transcription du titre de vente ou par une inscription spéciale, le second ne se conservait que par l'inscription. La loi de 1855 a établi des délais pour procéder valablement à la formalité.

Dans le système du livre foncier, le partage étant, comme la vente, sujet à inscription, il n'y a plus lieu de distinguer. Le privilège du vendeur, auquel l'art. 9 assimile celui du coéchangiste et du donateur avec charge, et le privilège du copartageant, seront désormais conservés, non d'une façon détour-

née et par contre-coup, mais par l'accomplissement direct de la formalité de l'inscription. Il est inutile d'impartir un délai à ces personnes privilégiées, leur propre intérêt leur fait une obligation de se hâter pour ne laisser passer aucune inscription avant la leur, et rien ne les empêche de se faire inscrire le jour même où s'opère l'inscription de la mutation de propriété.

Pour plus de facilité, l'art. 11 dispose que l'inscription du privilège pourra se faire sur la production d'un bordereau spécial et séparé, ou sur la production du bordereau de mutation ; il ajoute que « la mention dans ce dernier bordereau, que l'une des parties est créancière d'une somme déterminée ou de charges, ou d'indemnités, dès à présent évaluées, vaut réquisition d'inscription du privilège ». Ainsi donc, il y a union intime du privilège et de la mutation.

L'art. 12 détermine les effets de l'inscription : « Le privilège, inscrit le même jour que la mutation de propriété, emporte préférence sur toute inscription prise du chef du nouveau propriétaire » (1).

Par conséquent, le vendeur ou le copartageant, par celà seul que le bordereau de mutation a fait connaître l'existence de sa créance privilégiée, n'a rien à craindre, même d'une inscription prise le

(1) C'est surtout en ce qui concerne le copartageant que l'on peut juger la supériorité du privilège sur l'hypothèque : Si, pendant l'indivision, un cohéritier hypothèque un immeuble indivis qui tombe dans son lot, l'effet déclaratif rend l'hypothèque valable, mais le privilège du copartageant la primera toujours. Elle ne procède que du nouveau propriétaire ; le privilège garantit un droit plus ancien qui a pris naissance au décès du *de cujus*. Les tiers n'ont pas à se plaindre, car les mentions du livre foncier leur ont appris qu'ils traitaient avec un copartageant sur un immeuble indivis.

même jour que la sienne. Enfin le même article ajoute : « si l'inscription du privilège n'est faite que plus tard, elle n'a d'effet qu'à sa date comme simple inscription d'hypothèque ».

L'avant-projet édifie à l'art. 13, toute une théorie nouvelle à propos de la séparation des patrimoines. M. Léon Michel a retracé la lente évolution de cette institution qui fut d'abord, dans le droit romain, une garantie collective ayant pour effet d'empêcher la confusion de se produire entre le patrimoine du *de cujus* et celui de l'héritier. Dans l'ancien droit, cette garantie, de collective est devenue individuelle ; enfin la jurisprudence de la Cour de cassation a fait de la séparation des patrimoines un privilège, mais un privilège d'une nature spéciale qui, par certains côtés, échappe aux règles ordinaires des privilèges pour être soumis à des règles particulières qui ne sont formulées dans aucun texte, qui sont flottantes et par conséquent souvent contestées. La sous-commission en veut faire un privilège se rattachant au type légal et pour l'application duquel il n'y aura plus d'hésitation.

C'est d'abord un privilège dans toute l'acception du mot et qui, par conséquent, ne nécessite plus de demande en justice ; il est muni d'un droit de suite et se conserve par une inscription prise dans les six mois, inscription qui aura un effet rétroactif et frappera l'immeuble, même s'il a été aliéné antérieurement ; l'acquéreur, dans ce cas, est prévenu, il sait en effet lorsqu'il traite avec un héritier, au lendemain de l'ouverture de la succession, qu'il y a possibilité de séparation de patrimoine et inscription de privilège. Tous ceux inscrits dans les six mois viendront au marc le franc, puisqu'ils ont conservé leur privilège en temps utile ; cependant les légataires

ne passeront qu'après les créanciers, car la cause de leur privilège est moins favorable que celle des créanciers, mais ils primeront les créanciers négligents.

On discute encore aujourd'hui la question de savoir si les créanciers héréditaires, lorsqu'ils ne sont pas complètement désintéressés sur les biens de la succession, peuvent recourir contre l'héritier et venir en concours sur ses biens avec les créanciers personnels; l'affirmative ne peut faire aucun doute avec le projet de la Commission; en effet, pour être privilégiés, les créanciers n'en restent pas moins créanciers de l'héritier; ils peuvent donc, sur les biens qui ne sont pas affectés à leur privilège, se faire payer au marc le franc, conformément à la loi commune, en même temps qu'ils réclament sur les biens affectés (art. 12, § 1 *in fine*).

Dans le premier projet, le Comité de rédaction décidait qu'avec l'expiration du délai de six mois, le privilège de séparation de patrimoine dégénérait en hypothèque. Un nouvel examen de la sous-commission a montré que cette survivance du droit de préférence, sous forme d'hypothèque, ne se justifiait pas absolument et qu'elle offrait certains inconvénients graves; c'est pourquoi elle a conçu le dernier paragraphe de l'art. 12 en ces termes : « A défaut d'inscription dans le délai de six mois, le privilège cesse d'avoir effet quant aux immeubles ». Il ne pourra donc plus valoir, même à titre de simple hypothèque légale.

Le privilège de plus-value accordé aux architectes, entrepreneurs et ouvriers, quoique d'un usage rare, n'est pas supprimé comme dans la loi belge de 1851

(art. 27) (1). L'art. 14, auquel nous renvoyons, tranche toutes les controverses : il prescrit la rédaction du premier procès-verbal avant l'ouverture des travaux et celle du second, destiné à conserver les effets de l'inscription du premier, dans les deux mois de leur perfection.

Ces deux procès-verbaux sont dressés contradictoirement avec les créanciers inscrits ou eux dûment appelés (2).

B. — *Hypothèques.* — L'hypothèque est légale ou conventionnelle, dit l'art. 17. L'hypothèque judiciaire est donc supprimée; nous avons énoncé, en faisant la critique du système français, toutes les raisons qui militent en faveur d'une telle décision, raisons que les membres de la sous-commission n'ont pas manqué de faire valoir. Bien que nous ne voulions pas revenir sur cette question; nous rappellerons, cependant, que le Comité de rédaction et d'études, constatant que souvent le débiteur de mauvaise foi tâchait de faire disparaître ses biens, malgré le jugement qui l'a frappé, avait, pour protéger les créanciers, tout en maintenant entre eux une égalité complète, proposé un article inspiré de

(1) Ainsi que le fait observer le rapporteur, M. Challamel, le privilège ne fait pas double emploi avec l'hypothèque conventionnelle que l'architecte ou le constructeur peut stipuler pour garantie de ses avances. Supposons, par exemple, un immeuble grevé pour plus de sa valeur, mais pouvant recevoir des constructions qui lui donneront une plus-value considérable, si le propriétaire veut trouver du crédit pour cette entreprise, il ne le pourra qu'en attribuant à l'architecte ou à l'entrepreneur un droit privatif sur cette plus-value et en limitant de cette façon le droit que l'art. 2133, C. civil, conférait sur cette plus-value aux créanciers antérieurement inscrits. Procès-verb. VII, p. 79.

(2) L'art. 15 applique les mêmes dispositions aux privilèges de plus-value institués par l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807, relative au dessèchement des marais et par la loi du 17 juillet 1856, sur le drainage.

l'art. 34 du décret du 28 février 1852, sur les sociétés de crédit foncier. Article par lequel les créanciers investis d'une créance exigible et munis d'un titre exécutoire, pouvaient requérir au bureau de la conservation foncière, l'inscription du commandement signifié à leur débiteur dans un délai de quinzaine (1). Cette inscription empêchait le débiteur d'hypothéquer l'immeuble et il ne pouvait plus l'aliéner qu'aux enchères publiques et en appelant à la vente les créanciers qui avaient inscrit leur commandement.

On fit remarquer que cette disposition anéantissait le crédit du débiteur, l'empêchait de trouver des fonds pour désintéresser les créanciers, qu'en un mot, elle organisait une sorte de faillite civile. Diverses modifications furent alors proposées, mais que nous ne citerons pas ; finalement, on s'en tint à l'abrogation pure et simple de l'hypothèque judiciaire.

La sous-commission, pénétrée de cette idée que les hypothèques légales telles que les règlemente notre Code exposent les tiers aux plus fâcheuses surprises, privent de tout crédit réel le mari ou le tuteur et par surcroît tournent souvent au détriment des incapables, n'a point hésité à déclarer qu'il y avait lieu de les soumettre, comme toutes autres charges réelles, au droit commun de la publicité et de la spécialité. La femme mariée, le mineur, l'interdit, ainsi que le trésor public, tiendront de la loi une hypothèque, mais cette hypothèque ne pourra valoir que par l'inscription et l'inscription elle-même ne sera possible qu'au moyen d'une détermination

(1) L'inscription devait spécifier les biens sur lesquels elle était prise.

préalable du chiffre de la garantie. La détermination, puis l'inscription, tels sont les éléments nouveaux qui font l'objet des dispositions dont nous allons nous occuper et qui concernent l'hypothèque légale de la femme mariée, celle du mineur et de l'interdit.

A. — S'il est dressé un contrat de mariage, et c'est le cas le plus fréquent lorsque les époux ont quelque fortune, ne serait-ce qu'en espérance, la détermination de l'hypothèque de la femme sera facile, car il s'est produit une sorte de débat contradictoire des intérêts de chacun. La future épouse déclarera au notaire rédacteur du contrat, jusqu'à concurrence de quelle somme, pour quelles causes et sur quels immeubles elle désire que l'inscription soit prise dès à présent (art. 2, § 1). Si le futur époux ne possède pas d'immeuble ou s'il en possède, mais que la future épouse ne veuille pas inscrire présentement son hypothèque, cette dernière fait au notaire qui l'interroge, à ce sujet, une déclaration dans ce sens, et cette déclaration est mentionnée expressément dans l'acte pour que la responsabilité de cet officier ministériel soit couverte.

Ce n'est cependant pas là une renonciation à prendre inscription ultérieurement, car l'art. 21 lui retire ce droit. Les circonstances peuvent changer dans la suite, les reprises peuvent augmenter, des biens peuvent advenir au mari, ou l'administration de ce dernier peut donner lieu à de justes craintes; dans tous ces cas, le droit hypothécaire de la femme qui sommeillait se réveille, il est exercé par une inscription immédiate. La femme ne peut pas non plus limiter par avance l'étendue de l'inscription, quant au chiffre, elle a seulement la faculté par le contrat de mariage, même quand elle est est

mineure, d'en consentir la restriction à certains immeubles.

Enfin, la femme ne peut, tant que dure le mariage, renoncer au bénéfice d'une inscription prise, si ce n'est par l'effet d'une renonciation ou d'une subrogation consentie à un tiers et, bien entendu, au cas seulement où cette subrogation reste possible. Elle ne pourra ni consentir à la radiation pure et simple de son hypothèque légale, ni renoncer directement à cette hypothèque en faveur de son mari (1).

A quelles personnes la loi doit-elle confier le soin d'assurer l'inscription ?

S'il n'y a pas de contrat, la femme est réduite à sa propre initiative, elle fixe elle-même la somme dont elle est devenue créancière et les immeubles sur lesquels devra porter son hypothèque; elle a le droit de requérir l'inscription sans autorisation : 1° à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage ; 2° à raison des successions qui lui sont échues ou des donations qui lui sont faites, à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet ; 3° pour indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente (art. 22). Le droit de requérir l'inscription appartient également au mari, et, pour mieux sauvegarder encore les intérêts de la femme, aux parents et alliés des époux en ligne directe et en ligne collatérale aux degrés de frère et sœur ou d'oncle et de tante. Toutefois, pour éviter des interventions souvent indiscrètes et

(1) Toutes ces règles ont été empruntées au système de l'Alsace-Lorraine.

fâcheuses, ils n'agiront qu'en vertu d'une ordonnance du tribunal. L'art. 23 reconnaît ce même droit aux créanciers de la femme dans certains cas qu'il détermine (1).

S'il y a contrat, l'inscription est prise dans la huitaine de sa réception, avant même l'enregistrement, à la diligence du notaire qui l'a rédigé. Elle produit effet à sa date, même lorsqu'elle est antérieure à la célébration du mariage, tant pour les créances résultant des conventions matrimoniales que pour les créances futures, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elles ont été évaluées (art. 20, § 2).

L'art. 24 charge également les notaires, toutes les fois qu'il sera rédigé au cours du mariage un acte notarié constatant aliénation ou acquisition de droits réels immobiliers par la femme, d'interpeller cette dernière sur le point de savoir si elle veut inscrire son hypothèque sur l'immeuble et pour quelle somme. En cas de réponse affirmative, ils procèdent à l'inscription dans la huitaine.

Enfin, à la dernière lecture de l'avant-projet, la sous-commission a adopté un article par lequel « à défaut de stipulation particulière dans le contrat de mariage, l'hypothèque légale peut toujours être remplacée, du consentement de la femme constaté dans un acte notarié, par un nantissement égal au montant de l'inscription et constitué en espèces, rentes ou créances sur l'Etat, actions, etc... Il est versé par les soins du notaire à la Caisse des dépôts et consignations. » (Séance du 18 janvier 1900, fasc. VII, p. 262 et suiv.).

(1) Dans tous ces cas, l'inscription doit être prise dans la huitaine, même avant l'enregistrement de l'acte.

Nous voyons donc que toutes ces dispositions, si elles laissent quelquefois à la femme une heureuse initiative, la protègent cependant dans tous les cas où elle a besoin de l'être.

B. — La femme mariée est surtout une incapable de droit, le mineur ou l'interdit, dont nous allons maintenant nous occuper, sont plutôt des incapables de fait. Il ne saurait plus être question pour eux de contrat, aussi la loi peut leur prêter une assistance plus énergique qu'à la femme puisqu'il leur est physiquement impossible de défendre eux-mêmes leurs intérêts. Mais il ne faut pas oublier que la tutelle est une charge souvent obligatoire, que les garanties imposées au tuteur sont très onéreuses pour son crédit et doivent dès lors être réduites au strict nécessaire. C'est en s'inspirant de ces deux idées, quelque peu contradictoires, et en essayant de les concilier dans la mesure du possible, que la sous-commission juridique a accompli ses travaux.

A l'ouverture de toute tutelle légale, testamentaire ou dative, le conseil de famille, dûment convoqué, soit par le tuteur (1), soit par le juge de paix, soit par des parents du mineur ou d'autres personnes intéressées, est appelé à déterminer l'hypothèque et à fixer, sans délai, les immeubles du tuteur ou du cotuteur, le cas échéant, qui en seront grevés. Sa délibération doit être motivée (art. 28).

Au cas où la réunion du conseil peut entraîner un retard préjudiciable aux intérêts du mineur ou de l'interdit, l'hypothèque est déterminée par une

(1) Le tuteur, qui a négligé de requérir la réunion du conseil de famille lors de l'ouverture de la tutelle et qui s'est ingéré dans la gestion avant la délivrance du certificat d'inscription, pourra être destitué et, s'il s'agit du père ou de la mère, privé de la jouissance légale, sans préjudice d'une indemnité due au pupille (art. 38).

ordonnance du juge de paix, sauf au conseil de famille, à modifier ultérieurement l'assiette ou le chiffre de la garantie (art. 28, § 2).

Le tuteur, qui possède des meubles et des immeubles, peut être affranchi de toute inscription sur ces derniers à condition qu'il fournisse un cautionnement suffisant en valeurs sûres. Le conseil de famille peut même, lorsque la situation de fortune du tuteur présente des garanties suffisantes, le dispenser de toute inscription ou équivalent, mais de manière provisoire et toujours révocable (art. 29).

C'est suivant les mêmes principes que le conseil de famille, convoqué par les mêmes personnes (1), déterminera, en cours de la tutelle, les inscriptions supplémentaires qui doivent être prises lorsque les intérêts du mineur ou de l'interdit l'exigeront (2).

S'il résulte d'un acte authentique que des biens nouveaux sont échus au mineur, le notaire doit avertir de suite le juge de paix du lieu de la tutelle qui appréciera alors s'il convient de réunir le conseil de famille.

L'hypothèque une fois spécialisée, l'inscription sera prise par les soins du greffier de la justice de paix dans la huitaine de la délibération du conseil de famille ou de l'ordonnance du juge. C'est là une heureuse réforme, car cette tierce personne n'a aucun intérêt à ce que l'inscription ne soit pas prise. Cette obligation est sanctionnée par une amende de 100 fr., sans préjudice de dommages-intérêts qui

(1) Les créanciers du mineur ou de l'interdit peuvent aussi requérir la réunion du conseil de famille. (Art. 30.)

(2) En sens contraire, lorsque les inscriptions deviennent manifestement excessives, le tuteur peut demander au conseil de les réduire. (Art. 34.)

pourront être réclamés par le pupille ou ses représentants (art. 38).

Comme surcroît de garantie, le tuteur et le subrogé-tuteur veilleront à l'accomplissement des prescriptions, et requerront eux-mêmes l'inscription s'il est nécessaire.

Dans tous les cas, un certificat d'inscription, visé par le juge de paix, sera remis au tuteur qui ne doit pas, avons-nous vu, avant la délivrance de cette pièce, s'occuper de la gestion. Bien entendu, toutes les délibérations du conseil de famille, déterminant l'hypothèque légale, peuvent être, dans le délai d'un mois, déférées au tribunal civil statuant en chambre du conseil, soit par le tuteur, soit par le subrogé-tuteur ou par un membre du conseil de famille.

A la fin de la gestion du tuteur, les règles de droit commun s'appliqueront; toutefois, le pupille, à sa majorité, pourra, si l'inscription n'a pas été prise ou est insuffisante, la requérir lui-même. Il en est de même pour l'interdit après la main-levée de l'interdiction (art. 35).

C. — Il nous reste à dire un mot de l'hypothèque légale du Trésor sur les biens des comptables de deniers publics, visée par l'art. 2121, Code civil. Elle est soumise au principe de la spécialité tant au point de vue des immeubles grevés, qu'au point de vue de la somme garantie. L'inscription préventive, à quelque classe qu'appartienne le comptable, est supprimée; l'hypothèque ne sera guère inscrite pratiquement qu'après la constatation d'un déficit. Tous les comptables doivent énoncer leur qualité dans les acquisitions immobilières où ils sont parties, soit par eux-mêmes, soit par leurs femmes (art. 39).

Enfin, l'avant-projet remplace le privilège du

Trésor pour le recouvrement des frais de justice répressive par une hypothèque légale qui doit être également inscrite et spécialisée (art. 19, 5°).

La nature des hypothèques conventionnelles n'appelait ni suppression, ni transformation, puisque le Code civil lui-même impose, pour cette catégorie d'hypothèques, la règle de la publicité et de la spécialité. Nous n'en reparlerons donc pas.

SECTION VI

Fonctionnement de la publicité nouvelle.

Puisque les livres fonciers sont dotés, à l'égard des tiers, d'une force probante absolue, il importe d'assurer la concordance des registres avec la réalité des faits et de n'y mentionner que les actes qui peuvent et qui doivent y figurer; le législateur doit prendre toutes les mesures pour que l'inscription s'accomplisse toujours au profit du véritable titulaire.

Pour arriver à ce but, deux moyens s'offrent à lui : le premier qui consiste à instituer des peines très sévères contre ceux qui prêteront volontairement leur concours à l'établissement d'inscriptions fausses. Mais ces dispositions ne répareraient pas le tort causé et en cette matière, comme on l'a dit, il vaut mieux prévenir que punir. L'autre moyen, bien plus efficace est le contrôle effectif du conservateur avant l'accomplissement des formalités nouvelles, contrôle qui viendrait avantageusement remplacer cette sorte de passivité qui caractérise à l'heure actuelle notre conservateur. C'est ce que le système des pays de livres fonciers qualifie de

principe de la légalité. Sur ce point un double écueil est à éviter : il faut d'une part une vérification rigoureuse pour empêcher le vol légal de l'immeuble comme l'Australie nous en fournit plusieurs exemples, d'un autre côté il ne faut pas imposer des justifications trop compliquées qui seraient un lourd fardeau pour la petite propriété foncière. En voulant accélérer le mouvement des transactions on ne ferait ainsi que le ralentir.

Comment s'exercera le principe de la légalité, c'est-à-dire cet examen préalable, cette vérification du conservateur et quelle part exacte de responsabité ferait-il peser sur ce dernier?

La sous-commission juridique avait à choisir entre deux systèmes ; elle pouvait décider que, comme dans l'Act Torrens on s'en remettrait à la *vérification personnelle du conservateur* en le laissant juge des moyens à employer, système dangereux surtout en France, car le conservateur qui sentirait sa responsabilité lourdement engagée serait d'une prudence excessive et, pour prévenir toute chance d'erreur, au premier doute exigerait un jugement. Elle s'est prononcée en faveur d'un système tout opposé, celui *des justifications légales*, grâce auquel, moyennant la production de certaines pièces déterminées par la loi, la responsabilité du conservateur est déchargée. Ce système est parfait, car il divise la responsabilité pour la rendre plus efficace. Nous nous rendons compte cependant que dans certains cas il n'est pas toujours possible et qu'il est nécessaire alors de le combiner avec le premier.

I. *Actes à produire en vue d'obtenir l'inscription* (1). — Dans les transmissions entre vifs, un écrit est toujours rédigé, c'est lui par conséquent qui sera employé pour opérer la publicité ; mais pour les transmissions par décès qui, dans la réforme, doivent être inscrites, il ne peut pas y avoir eu d'écrit passé entre l'héritier et la partie décédée. Quel titre alors devra-t-on produire ? Nous allons voir les solutions que l'avant-projet sur la publicité des droits réels a données en cette matière.

Il convenait tout d'abord d'éloigner les déclarations que les héritiers doivent souscrire dans les six mois du décès au bureau de l'enregistrement pour le paiement des droits de mutation. Elles n'ont qu'une portée purement fiscale et contiennent fréquemment des inexactitudes et omissions intentionnelles ou non. Ce titre n'offrirait par conséquent au conservateur aucune garantie sérieuse.

Pour les dévolutions de biens *ab intestat*, il faut faire une distinction. En ce qui concerne les successeurs irréguliers — enfants ou parents naturels, conjoint survivant ou Etat — l'inscription de leurs droits se fera en vertu d'un extrait du jugement d'envoi en possession, véritable reconnaissance judiciaire de leur qualité de successeurs (art. 16 § 3). Quant aux autres successeurs, certains membres voulaient exiger, à l'imitation des législations de l'Allemagne, un certificat de leur qualité délivré par la justice ; d'autres se contentaient tout simplement d'un acte de notoriété ou d'un certificat de propriété délivré par un notaire ou un juge de paix.

(1) Cette question a tenu de longues séances, les discussions ont été nombreuses et nous ne ferons qu'en donner un résumé fort court.

L'art. 16 de l'avant-projet a mis fin aux dissentiments de l'assemblée par une transaction décidant que les héritiers en ligne directe et le conjoint survivant appelé en concours avec eux, peuvent requérir l'inscription de leurs droits sur la seule production d'un acte de notoriété ou d'un intitulé d'inventaire. Pour tous autres héritiers, ces actes doivent être homologués par le tribunal du domicile du défunt.

M. Fabre a fait supprimer cette formalité du dernier paragraphe, comme inutile, coûteuse et ne donnant aucune garantie. (Procès-verbal, fasc. II, page 668.)

Il ne suffit pas de prouver la vocation héréditaire, les parties présentes ou les témoins doivent, en outre, déclarer dans les pièces produites, qu'il n'existe pas, à leur connaissance, d'autres héritiers du même degré ou d'un degré plus proche et qu'il n'y a pas de disposition testamentaire ou autres portant sur les immeubles de la succession (art. 17). On attire ainsi leur attention sur les pénalités sévères de l'art. 27 qui les menacent en cas de mensonge.

Enfin, en ce qui concerne les dispositions testamentaires et les donations de biens à venir qui s'en rapprochent par certains côtés, le titre fondamental en vertu duquel l'inscription peut être requise, existe par avance, c'est, naturellement, le testament ou l'acte contenant la donation. Si le testament n'est pas authentique, il y aura une ordonnance d'envoi en possession, qui sera produite avec l'extrait du testament. Toutes les fois que les légataires ou donataires de biens à venir auront à demander la délivrance, l'inscription sera opérée sur la production de l'acte qui constatera la délivrance (art. 18).

Si nous passons maintenant aux justifications à produire pour l'inscription des actes entre vifs, nous

voyons qu'avec le nouveau système, il faut exiger des requérants, la production d'un bordereau d'inscription contenant toutes les mentions dont ils désirent publier le contenu. Ce document est très important et il peut sembler tout naturel qu'une rédaction aussi délicate ne saurait être laissée à l'arbitraire de particuliers ou d'intermédiaires sans mandat légal, mais devrait toujours être l'œuvre d'un officier public, notaire ou greffier. En effet, l'officier ministériel qui a reçu l'acte, doit, sous sa responsabilité, vérifier l'identité des parties et la capacité de l'aliénateur; cette tâche qui allait incomber au conservateur, se trouve ainsi accomplie par avance. Une telle solution d'autre part est excellente, car les notaires, pour ne viser qu'eux, sont particulièrement qualifiés pour remplir cette mission; ils sont assez nombreux dans chaque arrondissement, tandis qu'il n'y a qu'un conservateur et cet avantage du nombre est double puisqu'ils auront plus de temps à eux tous que n'en avait, à lui seul, le conservateur et que la somme de leur patrimoine et de leur cautionnement dépasse aussi de beaucoup le patrimoine et le cautionnement de ce même conservateur.

Le Comité de rédaction et d'études avait décidé d'exiger en principe l'authenticité pour le bordereau, de manière à dégager la responsabilité. Malheureusement, malgré les objurgations pressantes de plusieurs membres et surtout du savant rapporteur, M. Massigli, la sous-commission juridique n'a pas cru devoir exclure les bordereaux sous-seing privé de la présentation à l'inscription. Pour ne pas supprimer les facilités dont la pratique s'accommode et surtout pour ne pas aggraver les frais des mutations peu importantes qui s'opèrent chaque année au nom-

bre de 100,000 tout au moins par des actes sous signature privée, on a admis les sous-seings comme les bordereaux authentiques. Ce qui n'a pas été, comme nous allons le voir au chapitre suivant, pour faciliter la tâche du conservateur.

II. *Contrôle préalable du conservateur.* — La production des titres que nous venons de passer en revue ne serait pas suffisante pour assurer l'exactitude des mentions portées au livre foncier, comme dans toutes les législations germaniques, il faut un contrôle personnel de la part du conservateur, mais ce contrôle ne doit porter, bien entendu, que sur des questions de forme et non sur les vices intrinsèques du titre tels que le dol, la fraude ou la violence, car l'examen de ces derniers est du ressort des tribunaux. La première chose à vérifier est l'identité des parties, elle est attestée par avance dans le bordereau. Si ce dernier est un acte authentique, pas de difficulté, toutes ses énonciations sont justifiées par la signature du notaire, et le conservateur a le droit de tenir cette identité pour établie. La responsabilité des erreurs ou omissions dans le bordereau, pèsera sur l'officier public qui fera les démarches nécessaires pour constater l'identité des contractants ; s'il ne les connaît pas, elle sera affirmée par deux témoins dignes de foi contre lesquels pourront se retourner les particuliers victimes d'une erreur.

Si le bordereau présenté au conservateur est sous-seing privé, l'identité sera tenue pour vérifiée si les signatures sont certifiées par le notaire ou par le juge de paix du domicile de l'aliénateur ou de la situation de l'immeuble. Il est permis d'avoir quelque doute sur la valeur de la responsabilité des magistrats qui ne possèdent pas d'ordinaire une

fortune suffisante pour faire face à toutes les actions en dommages-intérêts, il faut donc regarder leur certification comme une formalité dont le bon marché, pourra un jour, a-t-on fait remarquer, coûter très cher aux intéressés.

La vérification de la capacité présente des difficultés bien plus considérables, du moins en ce qui concerne le bordereau sous-seing privé ; car le bordereau authentique établit la capacité du disposant sous la responsabilité du notaire (1).

La vérification d'une incapacité est cependant aisée, c'est celle du mineur. Il n'y a pour couvrir la responsabilité du conservateur qu'à exiger la production de l'acte de naissance du disposant, chaque inscription devra par conséquent mentionner la date et le lieu de naissance de la personne inscrite, ce qui permettra au conservateur de voir si cette dernière peut à son tour aliéner. Mais, en ce qui concerne les autres incapacités, les moyens de contrôle sont plus rares; on avait proposé l'établissement d'un casier civil qui soulagerait la responsabilité du conservateur sans sacrifier les incapables, on a dû abandonner ce système, et le projet s'est rejeté sur un expédient « qui n'est, dit le rapporteur, qu'un trompe-l'œil et un trompe-l'œil dangereux » : désormais, la responsabilité est couverte, en ce qui touche l'incapacité du disposant, par l'absence de mention d'incapacité sur le feuillet foncier. Nous avons étudié ce système au chapitre de la publicité des

(1) Il importe de noter une disposition additionnelle votée par la sous-commission, le 13 juillet 1893, par laquelle, lorsque l'acte servant de base à l'inscription aura été reçu après l'attestation de témoins, la capacité des parties devra être vérifiée comme pour les bordereaux sous seing-privé ; le notaire ne sera donc pas alors responsable.

causes de rescision et de nullité, et nous renvoyons aux critiques que nous avons formulées contre lui.

En résumé, le conservateur n'aura jamais à vérifier, à proprement parler, la capacité du disposant.

Il y a enfin encore un point sur lequel s'exercera le contrôle du conservateur : c'est celui de s'assurer si le vendeur ou l'emprunteur est véritablement propriétaire. Pour cela il recherchera au registre si le disposant y figure comme propriétaire et si l'acte qu'on lui présente n'est pas en opposition avec une autre mention inscrite.

Le moyen le plus simple pour opérer cette dernière vérification et supprimer les faux, moyen que la Commission n'a pas encore admis, serait d'exiger de celui qui consent l'inscription, la production de son certificat de titre qui doit toujours être en concordance parfaite avec le livre foncier.

Nous avons vu dans ce très sommaire exposé du fonctionnement de la publicité nouvelle que le projet formule la responsabilité des notaires, juges de paix et conservateurs des hypothèques. Cette garantie était indispensable; quelque précaution que l'on prenne il peut toujours arriver que par collusion, fraude, ignorance ou négligence le registre contienne des mentions inexactes, il est donc tout naturel que celui qui souffre de cette irrégularité puisse demander réparation à celui à qui elle est imputable. Mais le débiteur de cette réparation peut être insolvable et dans ce cas convenait-il de rendre l'Etat responsable? La sous-commission ne l'a pas pensé, elle a peut-être eu raison, si l'on réfléchit à la propension fâcheuse qui tend aujourd'hui à faire de l'Etat le sauveur universel des hommes et des choses. L'établissement d'une caisse d'assurance,

semblable à celle qui fonctionne dans divers pays, a été, en principe, également rejeté.

SECTION VII

Effets de la publicité.

Dans les chapitres précédents, nous avons déjà énuméré la plupart des effets de la publicité, nous ne ferons ici que les rappeler et donner quelques explications complémentaires.

La sous-commission juridique avait un choix à faire entre les diverses théories admises par les législations étrangères : celle de l'Act Torrens, dans laquelle l'inscription seule transfère la propriété et a une force probante à peu près absolue, puisque, sauf le cas de fraude, la revendication n'est jamais permise ; celle des lois prussiennes où l'inscription est bien toujours exigée pour rendre l'acquéreur propriétaire, mais dans laquelle la force probante n'existe pas entre l'acheteur et le vendeur.

Si la Commission n'avait été guidée que par des considérations purement juridiques, elle n'aurait pas, croyons-nous, hésité à suivre cette dernière théorie et à subordonner l'existence du transfert à l'inscription, même entre les parties contractantes. C'était là une sanction simple et énergique qui aurait amené mécaniquement et forcément l'inscription au livre foncier. Mais elle n'a pas voulu déroger aux principes posés par le Code civil aux art. 1138 et 1583 pour les transmissions de propriété; elles continueront à s'opérer entre le vendeur et l'acheteur par le simple effet du consentement. Le projet se borne donc à

décider que l'ancien principe de ne rendre le droit opposable aux tiers que par la publicité, restera en vigueur; il résulte de cette théorie la conséquence capitale que nous avons maintes et maintes fois énoncée : c'est que la propriété n'arrivera entre les mains de l'acquéreur que grevée de tous les droits de résolution qui auraient pu prendre naissance en la personne ou du chef de l'aliénateur, et que toutes les actions en résolution, nullité ou rescision pourront être exercées contre l'acheteur, même qui inscrit son droit, tant qu'il n'a pas constitué sur l'immeuble un droit réel, c'est-à-dire tant que l'intérêt des tiers n'est pas en cause.

Mais il ne suffit pas, on le conçoit, de poser en principe l'obligation d'inscrire les transferts de propriété, il faut, pour triompher de la négligence et de l'esprit d'économie des intéressés, que cette prescription s'appuie sur une sanction efficace. Nous avons déjà vu au chapitre précédent que les officiers publics doivent, dans un délai déterminé, présenter eux-mêmes à la transcription les titres pour lesquels ils ont prêté leur ministère aux parties. — Une autre mesure plus générale, puisqu'elle s'applique à toutes les conventions, a été instituée par l'art. 23 de l'avant-projet sur la publicité des droits réels, elle consiste à dépouiller en quelque sorte la propriété de sa valeur marchande tant que l'acquéreur n'aura pas publié son titre : « nul n'est admis, dit-il, à requérir l'inscription d'un droit au livre foncier, si le droit de son auteur n'a pas déjà reçu ou s'il ne reçoit pas simultanément la publicité exigée par la loi » (1). Cette règle est bonne en elle-

(1) Cette règle était appliquée en Alsace-Lorraine et existe actuellement en Tunisie.

même, mais dans le système proposé elle ne trouvera souvent son application qu'à un moment fort éloigné de celui de la formation du contrat : quand par exemple l'acquéreur aura besoin d'emprunter ou de vendre.

Le principe de la force probante, que nous avons justifié au commencement de cette dernière partie, n'agira, nous le savons, que dans les rapports des parties avec les tiers ; seuls ces derniers pourront se prévaloir de ce qu'un droit de propriété n'est pas inscrit pour une cause ou pour une autre sur le livre foncier. Il importe toutefois de connaître quels seront ces tiers qui pourront invoquer le défaut de publicité.

L'art. 4 de l'avant projet nous renseigne à ce sujet : Sont considérés comme tiers : 1° Les acquéreurs et titulaires de droits réels proprement dits ; 2° les fermiers et locataires en vertu de baux excédant 12 années ; 3° les bénéficiaires de quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus pour une durée supérieure à une année ; 4° les créanciers chirographaires qui ont pratiqué une saisie immobilière ; 5° les créanciers chirographaires dans le cas de liquidation judiciaire ou faillite du débiteur et dans le cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de vacance de sa succession.

Il convient enfin de rappeler que ces tiers, pour jouir des bienfaits de la réforme, devront remplir une double condition que nous avons rencontrée aussi bien dans l'Act Torrens que dans la loi prussienne. Il faut d'abord qu'ils soient de bonne foi, pas cependant, en principe, d'une manière absolue à la façon du droit belge, puisque l'art. 26 pose la règle : « que le défaut d'inscription ou de prénotation d'un droit ne peut être suppléé ni regardé

comme couvert par la connaissance que les tiers pourraient avoir eue de son existence par d'autres voies que celle du livre foncier ». L'avant-projet n'a pas voulu toutefois encourager la fraude, aussi fait-il dans le même art. 26 une restriction : à moins que, dit-il, la preuve ne résulte de l'acte même où ils (les tiers) ont été parties, « ou s'il y a eu collusion frauduleuse entre eux et le constituant ». D'autre part, il y a toute une série d'hypothèses prévues aux art. 9, 13, 20 et 25 de l'avant-projet où la bonne foi est exigée d'une façon absolue au sens de la législation belge, ce sont des cas où la personne qui a conféré aux tiers les droits dont ils jouissent n'avait qu'un titre vicié ou même pas de titre du tout.

La seconde condition à remplir pour les tiers, c'est qu'ils aient traité à titre onéreux avec le propriétaire inscrit.

Il est une dernière réforme qu'il importe de noter dans ce chapitre, parce qu'elle a trait aux effets de la publicité en matière hypothécaire; elle se déduit de l'autorité absolue attachée aux inscriptions du livre foncier : nous voulons parler de la suppression du renouvellement décennal des inscriptions hypothécaires. Du moment où l'on pose en principe que le registre foncier fera foi de ses énonciations, on doit admettre que les inscriptions d'hypothèques conserveront leur efficacité tant qu'elles ne seront pas radiées matériellement (art. 63 de l'avant-projet définitif sur les privilèges et hypothèques). Cette heureuse réforme aura le mérite de préserver les créanciers du danger de la péremption et d'assurer l'exactitude des recherches, d'une part sur les registres débarrassés des créances soldées et d'autre part dans les états délivrés par le conservateur.

SECTION VIII

Organisation pratique de la publicité.

Nous savons que la base du système posé par la Commission est l'institution du livre foncier à force probante, que l'on peut qualifier avec raison de livre d'état civil de la propriété foncière.

La publicité des transferts et des droits réels que nous avons étudiée aux chapitres précédents n'est qu'un moyen pour arriver à cet état de sûreté et de fixité que réclame le livre foncier. Toutefois, ce but ne saurait être atteint sans un classement méthodique de tous les renseignements autour d'un centre perpétuellement identique à lui-même.

Il est un point qui n'a pas été discuté et qui n'est même pas discutable, c'est que l'idée du livre foncier est intimement liée à l'idée du cadastre, et qu'un législateur soucieux d'assurer la détermination physique de la propriété, doit commencer par décréter la confection d'un cadastre exact, même s'il n'admet pas le principe de la force probante qui rend cette confection indispensable; telle était comme nous l'avons vu, la pensée du Gouvernement en 1891.

Les législations de l'Allemagne et surtout de l'Alsace-Lorraine étaient là pour fournir un précieux exemple et instruire la Commission sur la marche à suivre en cette matière.

La nécessité du cadastre étant reconnue, une question se présente immédiatement à l'esprit : le cadastre actuel peut-il servir de base à l'établissement du livre foncier? Assurément non, et cela pour deux raisons : la première, qui a été mise en lumière par la Cour de cassation dans l'enquête de

1841, c'est que les procédés au moyen desquels il a été construit ne permettent pas de lui accorder l'autorité qu'exige le livre foncier; « il faudrait, disait la Cour de cassation, le refaire et le refaire d'une manière juridique. En l'état, le cadastre est une œuvre purement administrative; ses rédacteurs n'ont eu égard qu'à la possession, à la possession apparente... Tout a été fait sur simples renseignements verbaux recueillis par les ingénieurs, les géomètres arpenteurs ou leurs commis. On comprend que cela soit suffisant pour la formation des rôles des contributions, sauf la réclamation des contribuables; cela ne saurait l'être pour constituer le grand livre des propriétés immobilières ».

La seconde raison invoquée est que le cadastre actuel ne correspond plus à la réalité. Moins prévoyants que la plupart des peuples qui nous entourent, nous n'avons pas organisé, chez nous, un service de conservation pour les documents cadastraux. Par suite des modifications survenues, depuis son établissement, dans la composition du terrain et le groupement des parcelles, les plans ne donnent plus la configuration actuelle du terrain, les parcelles figurent encore dans les états de section sous le nom des propriétaires qui les possédaient il y a plus de cent ans. Les matrices mêmes, malgré le soin qu'a pris l'administration des contributions directes, d'opérer elle-même les mutations en s'aidant des actes relevés dans les bureaux de l'enregistrement et en convoquant les parties à la mairie de chaque commune, ces matrices, disons-nous, présentent jusqu'à 30 % d'erreur. (Déclaration faite par M. Boutin à la séance du 25 février 1892.) (1)

(1) Procès-verbaux, fasc. II, p. 338.

Un des premiers actes de la sous-commission technique a été de choisir dans son sein un comité chargé de se livrer à une enquête spéciale sur l'état actuel du cadastre. Les expériences de ce Comité d'enquête ont porté sur 173 communes dont 86 cadastrées avant 1827 et 87 cadastrées depuis; elles ont donné les résultats suivants : 28 communes pourraient mettre leur cadastre à jour par une simple revision, 145 devraient procéder à une refonte complète. Ces chiffres sont corroborés par une enquête administrative opérée en 1891. D'après les directeurs des contributions directes, le nombre des communes où la simple revision suffira pour donner au cadastre l'exactitude que son nouveau rôle commande est de 7294, celui des communes où la réfection totale est nécessaire s'élève à 28850 sur 36144, soit une proportion de 80 %.

Une enquête avait été faite en même temps par les différents comités départementaux et par les procureurs généraux, en vertu d'une circulaire du Garde des sceaux en date du 10 septembre 1892, afin de constater l'état présent du bornage en France, ainsi que l'importance des procès auxquels il donne lieu; de cette enquête il résulte que la moitié des propriétés et près des deux tiers de la superficie de la France sont bornés (1). Nous renvoyons pour plus de détails, au rapport général de M. Cheysson, sur les résultats des enquêtes, sur la valeur actuelle des plans cadastraux et le bornage des propriétés. (Procès-verbaux, fasc. IV, et, pour tout ce qui va suivre, au Rapport général sur les travaux de la

(1) Les neuf dixièmes de la superficie des terrains de qualité supérieure sont bornés tandis que cette proposition tombe à quatre dixièmes pour les landes, pâtis, etc. Procès-verbaux, fasc. II, p. 40 et suiv.

sous-commission technique par le même auteur, fasc. VI, p. 489 et suivantes). Ce qu'il importe de retenir, c'est que le cadastre actuel n'a pas été tenu au courant des mutations, que pour ce motif il ne peut servir en aucune façon à l'établissement des livres fonciers, et que par conséquent il est nécessaire de le reviser dans certaines parties et de le refaire dans d'autres.

Pour que le cadastre renouvelé puisse désormais remplir ce rôle juridique dénié au cadastre actuel, il faut se garder de procéder comme on l'a fait pour la rédaction de ce dernier plan, c'est-à-dire de confondre la possession de fait avec la propriété de droit, sous peine de retomber dans la même situation. Il faut donc bien définir le droit avant de le constater.

En ce qui concerne la délimitation et le bornage des propriétés publiques, la question est simple car l'Etat n'est pas tenu d'observer à l'égard de ces propriétés les mêmes ménagements que pour celles de droit commun. La sous-commission a décidé que, pour toute cette catégorie de propriétés, ces deux opérations seraient obligatoires. Mais pour la propriété privée, il ne pouvait en être de même et le travail des comités était des plus délicats. Les remembrements de propriété et les abornements généraux obligatoires ont été d'abord repoussés comme complètement opposés aux vœux des populations consultées dans l'enquête ; on ne pouvait donc leur donner qu'un caractère facultatif. Il a semblé à tout le monde que la délimitation collective pouvait et devait même rentrer dans les améliorations d'intérêt agricole collectif, qui font l'objet des associations syndicales reconnues par la loi du 22 décembre 1888, et que l'on possédait ainsi un moyen de

vaincre l'opposition aveugle d'un certain nombre de dissidents.

Mais tout en faisant une part à la liberté et à l'initiative des intéressés, le Comité mixte (1) a pensé qu'il ne fallait pas subordonner la marche de l'œuvre au bon plaisir individuel; c'est pourquoi il demande la délimitation obligatoire dans les communes où le syndicat libre ou autorisé n'y aurait pas pourvu; il la confie à une commission qui devra y procéder d'office (2).

Le Comité d'enquête n'a pas cru pouvoir aller jusqu'à imposer cette opération dans une commune où la majorité des propriétaires la repousserait.

En présence de ces avis divergents, la sous-commission technique a décidé, dans sa séance du 4 février 1895, de réserver à la Commission plénière la question de la délimitation de la propriété privée.

Nous passerons complètement sous silence la matière qui a trait aux opérations cadastrales proprement dites, considérant, croyons-nous avec raison, qu'elle ne rentre pas dans les limites de notre sujet. Nous ne dirons qu'un mot de la question des frais de réfection et à titre simplement de renseignement, parce que pour bien des auteurs les chiffres élevés, exagérés même, que l'on a présentés ont été l'unique raison pour repousser l'institution des livres fonciers en France.

Le cadastre actuel a coûté 159 millions; le nouveau cadastre devra coûter sensiblement plus cher

(1) Ce comité est formé par la fusion des deux comités de rédaction et d'étude correspondant aux deux sous-commissions juridiques et techniques.

(2) Voir à ce sujet le rapport sur la délimitation, par M. Léon Michel. Procès-verbaux, fasc. VI, p. 55.

à raison de son caractère juridique et non plus seulement fiscal, de la hausse dans le prix des choses et de la main-d'œuvre ; enfin, du degré plus grand de précision qui lui est imposé.

L'évaluation du Comité de rédaction et d'études a été exposée dans le rapport de M. Durand-Claye ; nous ne dresserons pas le tableau des dépenses, nous donnerons simplement le total général ; il s'élève à 600 millions, ce total représente :

11 fr. 50 environ par hectare de la superficie totale de la France ;
12 francs par hectare imposé ;
4 — par parcelle ;
10 — par ilot de propriété.

De son côté la Direction générale des Contributions directes a cherché à résoudre le même problème, mais par une méthode tout à fait différente. Elle arrive à un chiffre à peu près identique, celui de 574 millions. Ce n'est pas d'ailleurs la somme totale de 600 millions, mais une fraction seulement de cette somme, qu'il y aura lieu d'inscrire aux budgets de l'Etat. En effet, la confection du cadastre et l'établissement des livres fonciers intéressent à divers titres l'Etat, les départements, les communes et les propriétaires privés. Il est juste que chacun d'eux participe à la dépense dans la mesure des avantages qu'il peut tirer de l'opération.

La répartition des charges entre les divers intéressés est une question délicate et fort importante qui est du ressort de la sous-commission des voies et moyens, mais nous ne connaissons pas malheureusement ses conclusions en cette matière.

Ce n'est pas tout de refaire le cadastre, il faut l'entretenir sous peine d'être bientôt acculé aux embarras actuels et d'avoir encore à constater l'écart

entre la réalité et sa prétendue image. La nécessité de la conservation du cadastre s'impose donc; c'est pourquoi la sous-commission technique a voté la résolution suivante : « Au fur et à mesure de la réfection ou de la revision du cadastre, il sera organisé un service de conservation chargé de le tenir constamment à jour ». Les conservations seront en même nombre et placées dans les mêmes communes que les conservations du livre foncier. Aucune mutation de propriété ne devra être opérée au cadastre qu'après avoir été préalablement inscrite au livre foncier.

— Une fois le cadastre mis à jour, une question se pose, c'est de savoir quelle sera au juste la forme du livre foncier. Dans un sens large les mots *livre foncier* désignent « tout organisme qui groupe autour d'un feuillet unique, les documents juridiques concernant une propriété ou même une série de propriétés appartenant à la même personne dans une circonscription déterminée » : telle est la définition donnée maintes fois à la Commission du cadastre. La question a été très discutée à la sous-commission juridique de savoir si le livre foncier devait être personnel ou réel. Dans la séance du 17 décembre 1891 la résolution suivante a été votée : « il sera établi pour chaque commune un livre foncier par feuillet réel, c'est à dire par unité foncière ».

Il est incontestable que le feuillet réel, dont nous avons étudié le fonctionnement en Prusse, est une forme de beaucoup supérieure au feuillet personnel, surtout au point de vue de la facilité des recherches. Le livre foncier personnel a cependant eu des partisans, vu la difficulté résultant du système contraire qui suppose une propriété individualisée. Il faut, en effet, font-ils remarquer, trouver l'unité foncière à

laquelle on va donner une sorte de personnalité civile. Rien n'est plus simple dans les pays de grande propriété comme l'Australie, la Tunisie et diverses provinces de l'Allemagne du Nord, là chaque domaine a un nom particulier et forme une sorte d'entité juridique.

Mais il n'en est plus de même en France, où dans certaines régions le morcellement est extrême. Nous vivons sous le régime de la moyenne et de la petite propriété ; dans beaucoup de nos départements, la personnalité du propriétaire est le seul lien qui rattache les unes aux autres de nombreuses parcelles éparses, situées dans une même commune à vingt endroits différents et dont la contenance totale ne dépasse pas 5 ou 6 hectares.

Il ne faut pas oublier, disent ces partisans du livre foncier personnel, que la loi prussienne de 1872, qui a servi tant de fois de modèle, a prévu le feuillet personnel et qu'elle autorise le juge conservateur à en faire l'application partout où l'état du sol le nécessitera. Le nouveau Code civil allemand, tout en maintenant, en principe, le feuillet réel, consacre également le système du feuillet personnel et l'Alsace-Lorraine où le morcellement de la propriété est, comme chez nous extrême, a adopté uniquement le feuillet personnel.

Enfin, concluent ces partisans, une publicité abstraite serait peu conforme à nos traditions nationales, et son moindre inconvénient serait de ne pas faire assez clairement ressortir les rapports existants entre la propriété et le propriétaire.

Ces objections, assurément, sont sérieuses, elles n'ont cependant pas arrêté la sous-commission juridique ; la publicité réelle reste donc le droit commun sous le régime nouveau. Quelle est alors l'unité

qui devra servir de base à l'établissement du feuillet réel ?

La première idée qui vient tout naturellement à l'esprit est de donner un folio à chaque parcelle cadastrale; il y a eu de chauds défenseurs d'un tel système. Il facilite considérablement, nous le reconnaissons, la spécialité de l'hypothèque, est d'une grande ressource pour le crédit du petit propriétaire et amène une extrême clarté dans les registres. Mais il ne faut pas oublier qu'il y a en France 150 millions de parcelles environ, que ce serait ainsi multiplier à l'excès les registres, et que la parcelle n'a point de caractère juridique; elle sert à la perception et à la péréquation de l'impôt foncier, mais peut être modifiée par le seul fait du propriétaire, il lui suffit pour cela de changer le mode de culture.

La sous-commission s'est alors décidée pour une solution voisine qui ne présente pas les mêmes inconvénients. L'unité foncière sera désormais, non la parcelle cadastrale, mais ce qu'on appelle ordinairement le *domaine*, l'*héritage*, ou plutôt, suivant l'expression employée dans les séances, l'*ilot de propriété*, c'est-à-dire l'ensemble des parcelles contiguës appartenant au même propriétaire. Partant de ce principe, les propositions suivantes ont été adoptées:

1° Il sera établi par commune un livre foncier par feuillet réel, c'est-à-dire par unité foncière.

2° L'unité foncière est constituée par toute étendue de terre contenant une ou plusieurs parcelles contiguës appartenant au même propriétaire et situées dans la même commune.

3° Ne sont pas considérées comme contiguës les parcelles qui sont séparées par des chemins ou des cours d'eau publics.

Sur les observations de M. Bufnoir, on a décidé d'attribuer une importance extrême à la volonté du possesseur dans la détermination de la propriété foncière; deux paragraphes ont été ajoutés, ils sont ainsi conçus :

4° A la demande du propriétaire, plusieurs unités foncières, d'ailleurs immatriculées à leur numéro particulier, pourront être réunies dans un même feuillet;

5° Inversement, l'unité foncière pourra toujours être divisée à la demande du propriétaire; chacune des divisions aura son feuillet particulier.

Avec un tel système, l'ilot n'est pas indivisible comme on aurait pu le craindre; les parcelles qui le composent peuvent avoir des origines très diverses, chacune d'elle conserve en quelque sorte une vie propre. De l'aveu même de M. Challamel, « le lien qui unit ces parcelles et qui en fait un héritage, c'est l'identité du propriétaire, ce n'est pas l'identité des divers droits plus ou moins changeants qui pèsent sur elles » (1).

Il faut reconnaître, après un semblable aveu, qui n'est en somme que l'expression de la volonté de la sous-commission, que cette théorie se rapproche considérablement du système à feuillet personnel, surtout si nous la comparons à la théorie prussienne dans laquelle l'unité foncière est véritablement une et est soumise à un même ensemble de droits; ainsi, toute parcelle venant se joindre à un domaine sur le feuillet est immédiatement frappée des charges qui grèvent le domaine entier, et si, dans la suite, elle en est distraite, le tribunal de partage devra

(1) V. Procès-verbaux, fasc. II, p. 454 et suiv. pour toute la discussion à ce sujet.

intervenir pour décider qu'elle passe au nouveau feuillet libre de tous droits. Reconnaissons cependant que, vu l'extrême morcellement de notre territoire, il était difficile à la sous-commission d'agir autrement qu'elle ne l'a fait.

Signalons enfin, avant de terminer, une dernière disposition qui cadre parfaitement avec les cinq, que nous avons ci-dessus énoncées : « Chaque distraction ou adjonction de parcelles sera mentionnée sur le compte de l'unité foncière, à moins que, par suite de l'importance ou du nombre des mutations, l'autorité compétente ne juge nécessaire de procéder à la refonte du compte ou que les parties ne la demandent » (1). Peu importe, en effet, a-t-on fait justement remarquer, qu'une parcelle entre dans le compte avec une existence propre, avec des droits particuliers, puisque les autres sont dans la même situation.

Nous ne voulons en aucune façon aborder dans le détail la question si longuement débattue à la sous-commission juridique des mentions qui figureront au livre foncier. Nous dirons simplement que chaque unité foncière est inscrite sur une feuille spéciale divisée en deux parties.

La première comprendra la détermination de l'unité foncière d'après le cadastre mis à jour, avec indication du numéro matricule et des lettres de section et également, d'après les documents cadastraux, l'indication des lieux dits, la contenance de l'unité foncière, les numéros des parcelles qui la composent et des constructions qui s'y trouvent et enfin les mitoyennetés et servitudes actives ou passives.

(1) Procès-verbaux. Fasc. II. p. 458.

La seconde partie déterminera la propriété non plus au point de vue physique mais au point de vue juridique; elle contiendra le nom du propriétaire, son état civil, la nature et la date de son titre d'acquisition, les démembrements et charges réelles autres que les hypothèques, les restrictions au droit de disposer, et enfin les privilèges et les hypothèques.

Les conservations des registres fonciers seront comme les conservations d'hypothèques actuelles établies au chef-lieu judiciaire de chaque arrondissement et gérées par un conservateur de la propriété foncière appartenant à l'administration de l'enregistrement, assistés de commis et de teneurs de livres en nombre suffisant. Pour que le mécanisme des bureau soit parfait, il sera créé un certain nombre de répertoires, en vue de faciliter les recherches; le plus important sera le répertoire personnel ou index alphabétique des noms des propriétaires. Ces répertoires seront dénués de toute force probante.

On a dû enfin résoudre une grosse question, celle de l'immatriculation ou première inscription au livre foncier. Trois procédés peuvent être proposés. D'abord l'immatriculation facultative comme en Australie ou en Tunisie, puis l'immatriculation facultative pendant un certain temps et devenant obligatoire à partir d'une époque déterminée, tel était le système proposé dans le projet de loi anglais de 1888, enfin, comme à Malacca et en Alsace-Lorraine, l'immatriculation obligatoire et collective. La sous-commission juridique s'est ralliée au dernier système et après un brillant rapport de M. Massigli (1), a décidé « que l'imma-

(1) Procès-verbaux, fasc. V., p. 427.

triculation sera obligatoire dans toutes les circonscriptions où le cadastre aura été achevé ». La réfection du cadastre étant indispensable à l'organisation du nouveau régime, une immatriculation facultative aurait pu avoir les plus graves inconvénients au point de vue de la conduite de l'opération cadastrale. Ainsi que dans tous les pays où l'immatriculation est collective et obligatoire c'est le conservateur lui-même qui en prendra la direction, les oppositions et contestations seront portées devant les tribunaux ordinaires. Comme dans les lois d'Australie, d'Alsace-Lorraine, etc..., le soin de statuer sur l'admission des demandes appartiendra au fonctionnaire qui est chargé de la tenue du livre foncier.

La sous-commission, suivant l'exemple de la législation espagnole, a admis à côté de l'immatriculation à titre de propriété l'immatriculation à titre de possession : « Si, dit-elle, le possesseur d'un immeuble se trouve dans l'impossibilité de justifier de son droit de propriété, le conservateur procèdera sur la justification de la possession et à défaut d'opposition, à l'immatriculation selon la possession ».

Dans l'un et l'autre cas, il a été décidé que les énonciations portées au feuillet foncier le jour de l'immatriculation, ne feraient foi, dans l'intérêt des tiers, que deux ans après la date de l'immatriculation.

A la suite de toutes ces formalités, il sera délivré au bénéficiaire un certificat d'immatriculation, reproduisant la teneur du livre foncier et qui devra être remis au conservateur à l'appui de toute réquisition de transfert de propriété ou de constitution de droits réels par la volonté du propriétaire. Ce certificat, sans remplacer, comme le certificat de titre du système Torrens qui l'a inspiré, toutes les preuves et

tous les titres antérieurs de propriété, pour le propriétaire immatriculé, permettra cependant à celui-ci de conserver à sa disposition l'ensemble des renseignements relatifs à l'identité matérielle et à la condition juridique de ses immeubles. Toutefois, sur ce dernier point, le certificat de titre ne sera pas toujours d'une exactitude absolue, car il y a chez nous des droits réels qui naissent sans la volonté du propriétaire, ainsi les hypothèques légales, et qui seront inscrits par conséquent en dehors de toute présentation du certificat de titre. La concordance entre le livre foncier et sa copie pourra donc, comme en Tunisie, ne pas se trouver toujours parfaite et c'est pourquoi il convient de répéter, après M. Massigli, que dans ce système « le certificat ne vaut que par le feuillet foncier ».

— Non content de rendre la sécurité au crédit immobilier par toutes les réformes que nous venons de signaler, et en tête desquelles se place la publicité absolue, le projet de la sous-commission se propose de lui donner de nouvelles facilités, tâchant ainsi d'approcher le plus possible de l'idéal de toute législation foncière: un long crédit pour le propriétaire foncier, et une réalisation facile pour le prêteur. C'est en effet la perspective d'une immobilisation trop longue des capitaux engagés qui arrête bien souvent les prêteurs et cette raréfaction des offres amène nécessairement la hausse du taux de l'intérêt exigé des emprunteurs.

Tout le monde sait que les praticiens, toujours empressés à répondre aux besoins des affaires, ont déjà imaginé diverses combinaisons, telles que le billet à ordre souscrit devant notaire et garanti par hypothèque, l'obligation hypothécaire parfois stipulée payable à l'ordre ou au porteur de la grosse,

enfin les effets créés en représentation de fonds versés par les créditeurs et participant de la sûreté hypothécaire stipulée au contrat.

Dans l'avant-projet, toutes ces combinaisons resteront licites à l'avenir comme elles le sont aujourd'hui, mais à côté d'elles on institue un nouveau moyen de mobilisation de la propriété foncière : le bon hypothécaire.

Lorsqu'une dette hypothécaire a été contractée, le créancier peut, du consentement du débiteur, c'est-à-dire du propriétaire, se faire remettre en représentation de sa créance des bons hypothécaires qui ne sont ainsi que des fractions d'une créance hypothécaire.

Le projet du Comité de rédaction et d'études avait décidé que ces coupures, dont le montant varie au gré des parties, seraient transmissibles soit par endossement, soit au porteur. Etant données toutes les garanties qui entourent l'acte initial, c'est-à-dire le contrat hypothécaire, qu'importe au débiteur, faisait-on observer, les transmissions de la créance ? L'échéance étant fixée et indiquée sur l'obligation, on ne peut le poursuivre auparavant ; la circulation de l'hypothèque et la personne du créancier doivent le laisser indifférent.

La sous-commission juridique, dans sa séance du 8 mars 1894, craignant surtout l'agiotage sur les terres, a cependant rejeté le bon au porteur ; mais M. Magnin (1) a fait remarquer avec raison que cette solution resterait lettre morte en pratique si l'on n'exigeait pas à chaque endossement une notification au conservateur et une mention du transport sur le livre foncier. « En effet, dit-il, dans le

(1) Magnin, *op. cit.*, p. 451 et suiv.

système actuel, l'obligation se transmettra par le simple endossement, et jamais la cession n'en sera inscrite ; comment empêcher l'endossement en blanc ? Ce n'est que par le moyen que l'on vient d'indiquer ». L'endossement en blanc conduit au même résultat que la forme au porteur que l'on a voulu éviter.

Ces bons hypothécaires présentent, en résumé, en plus de la sécurité ordinaire des prêts hypothécaires, les avantages d'une exécution rapide et simplifiée ; le créancier trouvera dans la cession de son titre un moyen commode de rentrer dans ses fonds lorsque le terme n'est pas encore échu.

Ils sont de beaucoup préférables à l'hypothèque sur soi-même de notre loi de messidor an III, qui engageait toute la responsabilité du conservateur, puisque celui-ci pouvait délivrer des cédules jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de l'immeuble grevé, valeur qui peut subir des variations considérables depuis le jour de l'émission. Les bons hypothécaires évitent cet écueil contre lequel avaient échoué les cédules de l'époque révolutionnaire ; puisqu'ils ne sont que la représentation d'un prêt déjà effectué, on a la certitude que leur somme ne dépasse pas la valeur disponible de l'immeuble ; le créancier, en effet, n'a pas dû se contenter d'un gage illusoire. La sécurité intrinsèque des bons est la première condition de leur facile négociation.

L'obligation hypothécaire s'éteindra en même temps que l'hypothèque ; la cause normale sera le paiement.

Comme le décret de messidor an III et la loi de brumaire an VII, qui soumettaient, cependant, toutes les hypothèques au régime de publicité, la sous-commission juridique maintient la purge, institution, avons-nous vu, que les législations germa-

niques ne connaissaient pas. Elle a paru légitimée par les bons effets qu'elle procure, au point de vue de la libre circulation des immeubles et par l'intérêt même des créanciers hypothécaires qui ont tout à gagner à une vente amiable plutôt qu'à une vente en justice et que la faculté de surenchérir met à l'abri des fraudes auxquelles le débiteur pourrait se laisser entraîner.

Dans l'avant-projet sur les privilèges et les hypothèques, les formalités de la purge sont simplifiées, deviennent moins onéreuses, et surtout l'art. 2184 du Code civil est modifié, article, nous le savons, qui oblige l'acheteur, en notifiant son contrat, à déclarer « qu'il est prêt à acquitter, sur le champ, toutes les dettes et charges hypothécaires *sans distinction des dettes exigibles et non exigibles* ». Aux termes de l'art. 90 de l'avant-projet, l'acquéreur devra se déclarer prêt à acquitter ou à consigner le montant des dettes exigibles et « *se reconnaître personnellement tenu de celles non exigibles*, mais seulement jusqu'à concurrence du prix ». Quant aux créances non échues qui ne viennent en ordre utile que pour partie, il appartient au créancier, soit de continuer crédit au tiers détenteur pour la part comprise dans le prix d'adjudication, soit d'exiger pour cette part son remboursement immédiat (art. 90, alinéa dernier).

Les détenteurs de bons hypothécaires qui seront mentionnés sur le livre foncier, seront appelés à prendre part aux procédures d'ordre et de distribution; quant aux porteurs inconnus, des publications auront lieu pour les avertir et les sommes qui leur reviendront seront consignées.

Tel est, dans ses grandes lignes, le projet de

réforme actuellement présenté par la Commission extra-parlementaire du cadastre.

Pendant que cette assemblée se livrait aux études approfondies, dont nous n'avons donné qu'un bien court aperçu, il se produisait en France une sorte de revirement et le système nouveau, qui, jusqu'alors, n'avait rencontré que des succès, devenait à son tour l'objet des critiques les plus violentes.

Un Congrès de la propriété foncière, tenu à Paris en 1889, s'était prononcé, avons-nous dit, en faveur du livre foncier à force probante basé sur la réfection du cadastre, l'authenticité absolue des actes à inscrire et l'application rigoureuse des principes de publicité et de spécialité en matière hypothécaire, solutions que la sous-commission juridique du cadastre a pour la plupart adoptées et développées. Mais, comme ces résolutions n'avaient été formulées que d'une façon très générale, le Congrès avait décidé de tenir une autre session en octobre 1892 et avait chargé une commission permanente de rédiger des rapports.

A la date fixée, le Congrès se réunit à Paris. « Dès le début, dit M. Tissier, il fut aisé de prévoir que la physionomie des discussions ne serait pas telle qu'on l'avait espéré. Au lieu d'une réunion de spécialistes bien au courant des questions à trancher, désireux de prendre part à des débats scientifiques et désintéressés, on se trouvait en présence d'une assemblée houleuse de cinq ou six cents personnes appartenant pour la plus grande majorité à la corporation des notaires ou à l'administration de l'enregistrement et des hypothèques, ayant pour la plupart l'idée, bien arrêtée d'avance, de porter aux

livres fonciers un coup qui reculât la réforme à une époque lointaine » (1).

C'est en effet ce qui arriva. Après un discours d'ouverture de M. Yves Guyot, président de la Commission permanente, dans lequel il montrait la nécessité du livre foncier, M. Fabre, vice-président des notaires des départements, demanda qu'au lieu d'une réforme de la propriété foncière, le Congrès exprimât le vœu d'une réforme hypothécaire, qui n'était pas à l'ordre du jour.

Celui-ci fut alors modifié et le Congrès admit à l'unanimité l'urgence de la réforme hypothécaire; il formula le vœu que tous les actes concernant la propriété foncière soient soumis à la publicité. Sur la proposition de M. Dansaert, il décida qu'il fallait rendre publiques les actions en nullité, en résolution ou en rescision, qu'il fallait, en second lieu, organiser la purge de ces dernières de façon que le propriétaire actuel fût dispensé de remonter la série des propriétaires antérieurs pour la justification de ses droits et qu'enfin une revision, aussi économique que possible, du cadastre était tout à fait nécessaire (2).

Toutes ces réformes sont assurément désirables; depuis la loi de 1855 et même depuis 1841 elles sont demandées et il n'y a, à l'heure actuelle, guère de personnes qui osent en contester l'utilité. Mais, comme le fait justement remarquer M. Tissier, ce n'était pas pour cela que le Congrès était réuni, il

(1) *Revue algérienne*, 1893, p. 1 et suiv. Le Congrès de la propriété foncière, par M. Albert Tissier.

(2) Ces dernières résolutions ont été adoptées, si étrange que cela puisse paraître, d'une façon générale, sans préjuger en quoi que ce soit la question de principe et sans admettre en aucune façon les conclusions de la Commission permanente sur les principes mêmes des livres fonciers.

s'agissait d'étudier les livres fonciers. Or, lorsqu'à la séance du 21 octobre, la discussion s'engagea enfin à leur sujet, malgré les habiles plaidoyers de MM. Dansaert, Léon Michel et Massigli, le Congrès, par 228 voix contre 71, décida qu'il ne passerait pas à la discussion des articles sur les livres fonciers.

C'était là un refus bien net de mettre même à l'étude les conditions d'établissement et de fonctionnement de cette institution. Les arguments qui furent présentés pour arriver à un semblable résultat étaient de bien faible valeur et leur généralité était telle qu'on pourrait facilement les présenter contre toute réforme législative; ils peuvent se résumer en cette phrase : le système des livres fonciers est inutile, impraticable, dangereux et contraire à nos habitudes et à notre tempérament.

Tenant compte du vote de ces praticiens : notaires et conservateurs des hypothèques, plus que de l'avis des véritables intéressés, c'est-à-dire des propriétaires qui n'avaient pas été consultés, le Gouvernement a fait déposer par M. Darlan, garde des sceaux, ministre de la justice, le 27 octobre 1896, sur le bureau du Sénat, un projet dit : *Projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire.* Il a pour but de remanier notre loi de 1855 et notre titre des privilèges et des hypothèques, en appliquant dans une plus large mesure le principe de la publicité.

Ce projet, tout en empruntant quelques-unes de ses solutions aux travaux si consciencieux et si complets de la Commission extra-parlementaire du cadastre, a surtout puisé ses dispositions dans une proposition de loi rédigée par le Comité des notaires des départements (1), proposition qui, profitant

(1) Cette proposition se trouve dans la circulaire trimestrielle du Comité : nº 225. Paris, 5 décembre 1894.

de tous les travaux accomplis antérieurement, s'occupait de la publicité des transferts, de celle des causes de résolution et de celle des hypothèques. Enfin, les idées émises dans le rapport de M. de Vatimesnil, lors du projet de loi de 1850 sur les privilèges et les hypothèques, ainsi que la loi belge du 16 décembre 1851, ont été fortement mises à contribution (1).

Notre intention n'est pas d'analyser et de critiquer le projet du Gouvernement de 1896. Ce travail a été accompli l'année suivante d'une façon fort judicieuse, d'une part par M. de Loynes, dans la *Revue critique*, et d'autre part par M. Ferron, dans son étude sur la publicité des droits réels immobiliers (2).

Nous constaterons simplement que le projet maintient le système actuel en le modifiant toutefois par l'extension du principe de publicité, par la simplification des formalités de transcription, et enfin par l'organisation, à côté de la publicité personnelle, d'une sorte de publicité réelle, au moyen d'un répertoire par immeuble.

Même ainsi perfectionné, le projet, tout comme les lois de la Belgique, de l'Italie, du Luxembourg, etc..., se heurte toujours à l'impossibilité de plier à la publicité tous les droits destructifs ou modificatifs

(1) D'autres projets de réforme hypothécaire avaient été élaborés avant celui du Gouvernement. Nous citerons principalement celui de MM. Dupuy-Dutemps, Brisson et Georges Leygues, déposé le 1er janvier 1894 sur le bureau de la Chambre et les deux propositions de loi présentées au Sénat dans les sessions de 1893 et 1896, la première par M. Thésard et la seconde par le même et M. Brunet. Le projet de M. Thésard est assez restreint; comme le projet du Grand-Duché du Luxembourg, il ne vise que la publicité des transferts de propriété et des causes de résolution.

(2) De Loynes : Etude du projet de loi sur la réforme hypothécaire déposé par M. Darlan, *Revue critique*, 1897. — Ferron, *op. cit.*, p. 389 et suiv.

de la propriété. Certaines causes d'éviction subsisteront encore, et contre lesquelles il est impossible de se défendre ; il suffit par exemple qu'un acheteur ait parmi ses auteurs un donataire ou un incapable pour qu'il soit exposé un jour à se voir dépossédé.

Ce qui est plus grave, c'est que cette réforme hypothécaire laisse subsister toutes les imperfections pratiques du cadastre ; les transmissions d'immeubles et les constitutions de droits réels resteront des opérations lentes, compliquées et coûteuses. Il faudra toujours à chaque mutation dresser le tableau des origines de propriété puisque la transcription ne prouvera jamais par elle-même le droit du vendeur et que la prescription restera comme actuellement la clef de voûte de l'édifice. Il faudra toujours se servir de registres personnels et de répertoires de plus en plus touffus.

On pourrait croire que le projet du Gouvernement, en édictant dans son art. 38 la création d'un répertoire tenu par immeuble porté sur les registres de la conservation, a en quelque sorte établi l'amorce du livre foncier à feuilles réelles. Mais cette disposition, empruntée à la Hollande, ne serait chez nous que lettre morte et même deviendrait tout à fait dangereuse si elle était appliquée. Pour que le répertoire réel puisse fonctionner, il faut que l'immeuble soit individualisé et le seul et unique moyen pour arriver à ce résultat est de désigner les parcelles faisant l'objet des contrats par le numéro qu'elles portent sur le plan et la matrice cadastrale. Or, nous savons que notre cadastre ne correspond plus à la réalité des choses. Les Hollandais plus prudents que nous ont institué une conservation du cadastre qui tient exactement les documents à jour et grâce à laquelle le système fonctionne chez eux à merveille.

Presque tous les auteurs qui ont étudié le projet Darlan l'ont considéré comme une mesure transitoire par laquelle le Gouvernement, allant au plus pressé, essaie de réaliser une réforme sur les points qui paraissent hors de toute contestation et laisse au législateur à venir le soin de franchir une nouvelle étape lorsque les circonstances le lui permettront.

Nous savons malheureusement trop combien sont durables en France les mesures qui sont qualifiées de provisoires, et nous avons sous les yeux un exemple qui devrait nous mettre en garde contre de telles tendances. Ce n'est, en effet, que plus de douze ans après les remarquables travaux de l'enquête de 1841, lorsque la situation des propriétaires fonciers devint intolérable, que vit le jour cette timide paraphrase de la loi de brumaire an VII, qu'est notre loi du 23 mars 1855, on ne s'était guère mis en peine, dit M. Besson, « de remonter aux sources premières, d'interroger les précédents historiques, entre autres le décret de messidor, d'explorer le domaine des législations étrangères, de savoir si le principe à inscrire au frontispice de l'œuvre ne devait pas être cherché en dehors des frontières posées par la loi de l'an VII et le Code civil » (1).

Tout ce travail, la Commission du cadastre l'a de nos jours accompli ; ses conclusions montrent qu'un bon régime de livres fonciers doit donner par la constatation même des registres, indépendamment de toute autre garantie, pleine et entière sécurité aux tiers. Il importe donc d'abandonner sans retour et le plus tôt possible notre système actuel de publicité; car, ainsi que nous espérons l'avoir démontré,

(1) Besson, *op. cit.*, p. 121.

quelque perfectionnement qu'on y apporte, cette publicité de nos registres restera toujours documentaire et sans autorité. Tandis que du jour où la France sera dotée du livre foncier, le crédit réel aura conquis sa véritable base ; les transactions immobilières, si précaires à l'heure actuelle, offriront désormais une sécurité absolue, grâce d'une part à l'application sincère et sans réserve de la publicité, et d'autre part à l'immatriculation de chaque unité foncière sur un registre tenu par désignation d'immeuble, relié étroitement au cadastre et faisant preuve de ses énonciations. Plus d'incertitude sur l'origine de propriété, puisque l'inscription du transfert sur le registre efface, à l'égard des tiers du moins, le passé de l'immeuble ; plus d'actions en nullité ou résolution puisque l'autorité du livre foncier repousse toute action fondée sur un droit non inscrit ; plus de discussions sur les limites des biens, plus d'empiètements à craindre puisque le registre, basé sur le cadastre, a force probante quant à la détermination physique du sol. Toutes ces améliorations, consolidant la propriété foncière d'une manière inébranlable dans les mains de ceux qui la possèdent, mieux que ne pourrait le faire le système hypothécaire actuel, ramèneront vers nos campagnes non seulement les capitaux, mais encore bon nombre de ceux qui les avaient désertées.

Qu'importent, en présence de ces excellents résultats, les froissements et les susceptibilités qu'une telle réforme ne peut manquer de soulever, dans la période transitoire surtout? Nous aurions assurément mauvaise grâce à ne pas accepter, même aux prix de quelques mécomptes, cette réforme qui en fécondant le crédit relèvera l'agriculture de sa déca-

dence et ouvrira un champ d'expériences plus vaste à l'activité de notre pays.

Le plus gros obstacle à la réalisation de ce plan et que nos ennemis n'ont cessé de dresser devant nous comme une sorte d'épouvantail, est l'obstacle financier. La sous-commission des voies et moyens n'a pas encore dit son dernier mot à ce sujet « il faut donc espérer qu'une question d'argent ne viendra priver indéfiniment la France d'un système de publicité des droits réels immobiliers que tous les jurisconsultes et tous les économistes réclament et qui répond enfin à ce que l'exemple de législations étrangères, l'enseignement de l'histoire et nos besoins présents, nous font entrevoir comme un progrès déjà trop longtemps attendu » (1).

(1) Thion de la Chaume, *op. cit.*, p. 190.

VU :

P. LOUIS-LUCAS

VU :

Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,

E. BAILLY

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 4 juin 1904.

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC

BIBLIOGRAPHIE

D'Aguesseau. — Œuvres, Paris (1759).

Annuaire de Législature étrangère.

Arnault (Jules). — La Réforme foncière, *Revue politique et parlementaire*, N° de septembre 1903.

Antoine de Saint-Joseph. — Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises (Paris, 1847).

D'Argentré. — Commentarii in consuetudines ducatus Britanniæ (Paris, 1628).

Aubry et Rau. — Droit civil français, 4e édition, tomes II, III et VII.

Barrault. — Organisation de la propriété foncière en Tunisie (Thèse, Paris, 1903).

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil, 3 vol. (6e édit.).

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Du nantissement des privilèges et hypothèques (3 vol., Paris, 1895-1896).

Beauchet (Ludovic). — Histoire du droit privé de la République Athénienne (4 vol., Paris, 1897, spéc. T. III).

— Histoire de la propriété foncière en Suède (Paris, 1904).

Beaumanoir. — Les coutumes du Beauvoisis, édition Bugnot. — Paris, 1842, 2 vol.

Besson. — Les livres fonciers et la réforme hypothécaire (Paris, 1891).

Bulletin de la Société de Législation comparée.

Bulletin de Statistique et de Législation comparée du Ministère des Finances.

Bonjean. — Revision et conservation du cadastre approprié aux besoins de la propriété foncière, 2 vol. (Paris, 1874).

Bourdot de Richebourg. — Coutumier général (1724).

Cauwès. — Cours d'économie politique, (Paris, 1893. T. II).

Challamel. — Rapport général sur les privilèges et les hypothèques. Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre. Fasc. VI, page 59 et suiv.

— De la cession des créances hypothécaires. (Thèse, Paris, 1878).

— Exposé de la Législation foncière de la ville de Brême. (*Bulletin de Législation comparée*, 1878, p. 482).

Chereau. — De la spécialité des hypothèques. (Thèse, Paris, 1899).

Circulaires et mémoires des notaires des départements (spéc. T. X et XII).

Cotelle. — La Réforme hypothécaire. Rapport présenté à l'assemblée générale de la Cour de Cassation le 29 décembre 1898. (*La Loi*, 1898, p. 25, 26, 29, 30, 33).

Chauveau. — Essai sur la mobilisation de la propriété foncière et l'endossement des créances hypothécaires. (Thèse, Rennes, 1888).

Colmet de Santerre. — Cours de Droit civil (spéc. T. IV et IX).

Couchouren. — Des Appropriements ou Appropriances dans le Droit coutumier breton. (Thèse, Rennes, 1888).

Cuq. — Institutions juridiques des Romains (Paris, 1891).

Dain. — Le système Torrens et son application en Tunisie et en Algérie (Alger, 1885).

Dareste, Haussoulier et Reinach. — Recueil des inscriptions juridiques grecques (Paris, 1891).

Demolombe. — Cours du Code Napoléon. Traité des contrats, I.

Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiés par ordre de M. Martin (du Nord), garde des sceaux, (Paris, 1844).

Dumas (Jacques). — Le problème foncier en Angleterre (Thèse, Paris, 1893).

— Le nouveau régime de publicité des droits réels en Angleterre. *(Revue politique et parlementaire,* 1898, T. XVII, p. 532).

Esmein. — Des contrats dans le très ancien droit français (Paris, 1883).

Estivant. — Mobilisation de la propriété foncière dans l'Act Torrens (Thèse, Paris, 1899).

Falcimaigne. — De la publicité des hypothèques (Thèse, Paris, 1873).

Faymendy. — Du privilège des architectes et entrepreneurs (Thèse, Paris, 1899).

Fenet. — Historique de la préparation du Code civil (T. XIII, XIV et XV).

Ferron. — Etude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers (Thèse, Bordeaux, 1897).

Flour de Saint-Genis. — Le crédit territorial et la réforme hypothécaire. (Paris. 1889).

Flandin. — De la transcription, 2 vol. (1861).

De France de Tersant. — Une conservation d'hypothèque sous le régime du Livre foncier *(Revue Algérienne*, 1891. I, p. 193, 1892. I, p. 54, 92, 129).

Gazette des Tribunaux, 8 et 9 mars 1897.

Gide (Charles). — Etude sur l'Act Torrens *(Bulletin de la Société de Législation comparée,* année 1886).

Glin. — De l'hypothèque légale des incapables et des réformes à y introduire (Thèse, Paris, 1895).

Girard. — Manuel de droit romain, 2e édition.

Grasserie (Raoul de la). — Traduction du nouveau Code civil allemand (Paris, 1897).

Guillouard. — Privilèges et hypothèques, 3 vol. (1896-1898).

Guyot. — Répertoire Vis Appropriance, Devoirs de Loi, Nantissement.

Humbert. — Nouvelles observations sur la loi relative à la transcription. *(Revue historique de Droit français et étranger,* 1855, p. 483).

Huc et Orsier. — Le Code civil italien et le Code Napoléon. (Etude de législation comparée, Paris, 1868).

Henricet. — Cadastre et livres fonciers (Paris, 1892).

Hussenot. — Organisation des divers modes de publicité des mutations immobilières à titre onéreux, privilèges et hypothèques (Thèse, Nancy, 1903).

Jodin. — Le régime foncier à Madagascar (Paris, 1904).

Jourdan, Decrusy et Isambert. — Recueil des anciennes lois françaises (Paris, 1829, 17 vol.).

Laboulaye. — Histoire du droit de propriété foncière en Occident (1839).

Laureau. — Du Crédit foncier et des moyens de le former, 1822.

Laurent. — Principes de droit civil (Paris 1869-1878, spécial. T. XXIX à XXXI).

Lavergne (René de). — Les livres fonciers (Thèse, Angers, 1900).

Le Bel. — Du renouvellement décennal des inscriptions hypothécaires et de leur péremption (Thèse, Toulouse, 1903).

Lehr. — Eléments de droit germanique (2 vol., Paris, 1892).

— Eléments de droit civil espagnol (T. I, Paris, 1880).

— Eléments de droit civil anglais (Paris, 1883).

Lemontey. — Histoire de la Monarchie de Louis XIV (1840. T. IV).

Lesmaris. — Etude sur la publicité de l'état des personnes (Thèse, Paris, 1899).

Leroy-Beaulieu. — Précis d'économie politique (Paris, 1839).

Levivier. — Etude des moyens les plus propres à assurer la sécurité des transactions immobilières. (Paris, 1897).

De Loynes. — Etude du projet de loi sur la réforme hypothécaire déposé par M. Darlan. (Dans *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1897).

Lyon-Caen et Renault. — Précis de droit commercial (Paris, 1894).

Loyseau. — Du déguerpissement (Paris, 1621).

Loysel. — Institutes coutumières (Paris, 1846).

Magnin. — Etude sur la publicité des transmissions de droits réels immobiliers et les livres fonciers (Thèse, Paris, 1896).

Martou. — Traité des privilèges et hypothèques. Commentaire de la loi belge du 16 décembre 1851 (Bruxelles, 1863).

Marquès. — De l'hypothèque judiciaire (Thèse, Paris, 1889).

Massigli. — Rapport sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et les hypothèques. — (Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre. Fasc. II, p. 560 et suiv.).

Maxwell. — Exposé théorique et pratique du système Torrens, traduit par de France de Tersan (*Revue Algérienne*, 1889. T. I).

Merlin. — Répertoire V^is^ Devoirs de loi, Franc-alloetiers, Nantissement.

Meuleunaere. — Code civil allemand, traduction, 1897.

Mourlon. — Traité théorique et pratique de la transcription (Paris, 1862, 2 vol.).

Pardon (Noël). — Rapport et projet de décret sur la conservation et la transmission de la propriété foncière et des autres droits réels immobiliers en Nouvelle-Calédonie. (Dans procès-verb. de la Commission du Cadastre, fasc. II).

Parmentier. — Etude critique de l'hypothèque judiciaire en droit comparé (Thèse, Paris, 1903).

Planiol. — Précis de droit civil (3 vol., 2^e^ édition).

— Des Appropriances par Bannies dans l'ancienne Coutume de Bretagne. (*Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, 1890).

Piollet. — Du régime de la propriété foncière en Tunisie (Thèse, Paris, 1897).

Poisson. — Du remembrement de la propriété foncière dans les pays germaniques (Paris, 1903).

Pothier. — Œuvre; spécialement, traité des donations, traité des substitutions, traité du droit de propriété, traité des hypothèques.

Pouyanne. — La propriété foncière en Algérie (Thèse, Paris, 1895).

Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, 7 fasc. (1891 à 1900).

Pont. — Privilèges et hypothèques (Paris, 1876).

Régime foncier aux colonies. — *Documents officiels publiés par l'Institut colonial*, 2 vol.

Revillout. — Précis de droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité (Paris, 1899-1903, 2 vol.).

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1850.

Rondel. — La mobilisation du sol. Thèse, Paris, 1888 (V. la Bibliographie très complète).

Séré. — Organisation de la propriété foncière en Algérie (Thèse, bordeaux, 1902).

Sivan. — La Réforme hypothécaire spécialement au point de vue de la publicité (Thèse, Aix, 1900).

Summer-Maine. — Etude sur l'ancien Droit (traduct., Paris, 1884).

Thion de la Chaume. — De la publicité des droits réels en France et à l'étranger (Thèse, Paris, 1901).

Tissier (Albert). — Le Congrès international de la propriété foncière (*Revue Algérienne*, 1893, I, p 1).

Troplong. — La transcription (1864). — Privilèges et hypothèques (Paris, 1833).

Valette. — Mélanges de Droit et de Législation, T. I; De l'effet de la transcription relativement au privilège du vendeur; De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilèges sur les immeubles. (Paris, 1880).

Verdier. — Transcription hypothécaire, 2e édition, 2 vol. (Paris, 1887).

Vidal. — De la publicité des droits portant sur les meubles (Thèse, Montpellier, 1900).

Viollet. — Histoire du droit civil français (Paris, 1893).

Worms. — La propriété consolidée (Paris, 1888).

Yves Guyot. — La propriété foncière et le système Torrens (*Journal des Economistes*, octobre 1892).

— Le Congrès international de la propriété foncière (*Journal des Economistes*, novembre 1892).

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS . . . . . .

PREMIÈRE PARTIE

Droit Français

CHAPITRE PREMIER. — Origine historique de la publicité actuelle . 7
Notions préliminaires 7
Section I. — Législations de l'antiquité 15
Section II. — Ancien droit coutumier 29
A. — Période franque 29
B. — Période féodale. 31
C. — Coutumes de nantissement 39
D. — Appropriance de Bretagne 45
Section III. — Régime des édits et ordonnances. 52
A. — Renaissance de l'insinuation 52
B. — Edit de Colbert. 57
C. — Décrets volontaires et Lettres de ratification . . . 62
Section IV. — Lois de la Révolution 66
A. — Décrets de messidor an III 67
B. — Loi du 11 brumaire an VII 75
Section V. — Code civil 80
Section VI. — Code de procédure 90
Section VII. — Enquête de 1841; projet de loi de 1850; loi du 23 mars 1855. 93

CHAPITRE II. — Critique du système français actuel 111
Section I. — Publicité des titres d'acquisition 112
Section II. — Publicité des droits réels et charges foncières . 126
A. — Droits réels opérant sur un démembrement de propriété 127
B. — Privilèges et hypothèques. 132
Section III. — Publicité des causes de nullité ou de résolution. 161
Section IV. — Formes de la publicité 177
Section V. — Effets de la publicité. 190

DEUXIÈME PARTIE

Législations étrangères

CHAPITRE PREMIER. — Pays de transcription 201
Section I. — Belgique 201
Section II. — Italie 212
Section III. — Grèce 221
Section IV. — Luxembourg 222
Section V. — Suisse romande 225
Section VI. — Hollande 226
CHAPITRE II. — Pays de livres fonciers 231
Section I. — Législations de l'Empire allemand 231
A. — Bavière 235
B. — Saxe 237
C. — Wurtemberg 237
D. — Villes libres. 238
E. — Système prussien de 1872. 240
F. — Code civil allemand 255
G. — Alsace-Lorraine 263
Section II. — Autriche 268
Section III. — Espagne et Portugal 271
Section IV. — Suède 276
CHAPITRE III. — Act Torrens 279
Section I. — Australie 279
Section II. — Angleterre. 294
Section III. — Tunisie 300
Section IV. — Algérie 311
Section V. — Nouvelle-Calédonie 319
Section VI. — Madagascar 320
Section VII. — Congo français 324
Section VIII. — Autres colonies françaises 326

TROISIÈME PARTIE

La Réforme

Projet de la Commission extra-parlementaire du cadastre 329
Section I. — Principe dominant de la réforme 334
Section II. — Publicité des transmissions. 343
Section III. — Publicité des causes de résolution 347
1° Publicité des droits de résolution 348
2° Publicité des causes de rescision et de nullité 354
Section IV. — De la prescription 362
Section V. — Publicité des droits réels 365
1° Publicité des droits réels autres que l'hypothèque . . 365
2° Publicité des privilèges et des hypothèques 367
A. — Privilèges 367
B. — Hypothèques 372

Section VI. — Fonctionnement de la publicité nouvelle. . . 380
Section VII. — Effets de la publicité 388
Section VIII. — Organisation pratique de la publicité . . . 392

BIBLIOGRAPHIE 417

Impr. du "Petit Bourguignon". Directeur : J. Delcourt.